

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

الصلح مُعَاقِدَةٌ يَتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى الْإِصْلَاحِ بَيْنَ الْمُخْتَلَفَيْنِ ، وَيَتَنَوَّعُ أَنْوَاعًا ؛ صَلَاحُ بَيْنِ الْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الْحَرْبِ ، وَصُلَاحُ بَيْنِ أَهْلِ الْعَدْلِ وَأَهْلِ الْبَغْيِ ، وَصُلَاحُ بَيْنِ الزَّوْجَيْنِ إِذَا خِيفَ الشَّقَاقُ بَيْنَهُمَا ، / قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ ^(١) ، وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ أَمْرَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ ، إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَرَوَى عَنْ عُمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى بِمَثَلِ ذَلِكَ . وَأَجْمَعَتِ الْأُئِمَّةُ ^(٤) عَلَى جَوَازِ الصُّلْحِ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا بَابٌ يُفْرَدُ لَهُ ، وَيُذَكَّرُ فِيهِ أَحْكَامُهُ . وَهَذَا الْبَابُ لِلصُّلْحِ بَيْنَ الْمُتَخَاصِمِينَ فِي الْأَمْوَالِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ ؛ صُلْحٌ عَلَى إِقْرَارٍ ، وَصُلْحٌ عَلَى انْكَارٍ . وَلَمْ

(١) سورة الحجرات ٩ .

(٢) سورة النساء ١٢٨ .

(٣) في : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٠٤ . كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الصلح ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٨ . كلاهما عن عمرو بن عوف المزني .

وأخرجه أبو داود ، في : باب في الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والإمام احمد ، في : المسند ٢ / ٣٦٦ . كلاهما عن أبي هريرة .

(٤) في ب ، م : الأئمة .

يُسَمُّ الْخِرْقَى الصُّلْحَ إِلَّا فِي الْإِنْكَارِ خَاصَّةً .

٨١٧ - مسألة ؛ قال : (وَالصُّلْحُ الَّذِي يَجُوزُ ، هُوَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُدَّعَى حَقٌّ لَا يَعْلَمُهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَيَصْطَلِحَانِ عَلَى بَعْضِهِ ، فَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ ، فَجَحْدُهُ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أَنَّ الصُّلْحَ عَلَى الْإِنْكَارِ صَحِيحٌ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَاوَضَ عَلَى مَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ^(١) ، فَلَمْ تَصِحَّ الْمُعَاوَضَةُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَالٌ غَيْرُهُ ، وَلَأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ خَلَا عَنِ الْعَوَضِ فِي أَحَدِ جَانِبَيْهِ ، فَبَطَلَ ، كَالصُّلْحِ عَلَى حَدِّ الْقَذْفِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ ﷺ : « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ » . فَيَدْخُلُ هَذَا فِي عُمُومِ قَوْلِهِ . فَإِنْ قَالُوا : فَقَدْ قَالَ : « إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا » . وَهَذَا دَاخِلٌ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، فَحَلَّ بِالصُّلْحِ . قُلْنَا : لَا نُسَلِّمُ دُخُولَهُ فِيهِ ، وَلَا يَصِحُّ حَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى مَا ذَكَرُوهُ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ هَذَا يُوجَدُ فِي الصُّلْحِ بِمَعْنَى الْبَيْعِ ، فَإِنَّهُ يُحَلُّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا كَانَ مُحَرَّمًا عَلَيْهِ قَبْلَهُ ، وَكَذَلِكَ الصُّلْحُ بِمَعْنَى الْهِبَةِ ، فَإِنَّهُ يُحَلُّ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ مَا كَانَ حَرَامًا عَلَيْهِ ، وَالْإِسْقَاطُ يُحَلُّ لَهُ تَرْكُ أَدَاءِ مَا كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ . الثَّانِي ، أَنَّهُ لَوْ حَلَّ بِهِ الْمُحَرَّمُ ، لَكَانَ الصُّلْحُ صَحِيحًا ، فَإِنَّ الصُّلْحَ الْفَاسِدَ لَا يُحَلُّ الْحَرَامُ ، وَإِنَّمَا مَعْنَاهُ مَا يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى تَنَاوُلِ الْمُحَرَّمِ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى تَحْرِيمِهِ ، كَمَا لَوْ صَالَحَهُ عَلَى اسْتِزْقَاقِ حُرٍّ ، أَوْ إِحْلَالِ بَضْعٍ مُحَرَّمٍ ، أَوْ صَالَحَهُ بِخَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ . وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَذَلِكَ . وَعَلَى أَنَّهُمْ لَا يَقُولُونَ بِهَذَا ، فَإِنَّهُمْ يُبَيِّحُونَ لِمَنْ لَهُ حَقٌّ يَجْحَدُهُ غَرِيمُهُ ، أَنْ يَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ بِقَدْرِهِ أَوْ دُونِهِ ، فَإِذَا حَلَّ لَهُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ وَلَا عِلْمِهِ ، فَلَا أَنْ يُحَلَّ بِرِضَاهُ وَبَذْلِهِ أَوْلَى ، وَكَذَلِكَ ^(٢) إِذَا حَلَّ مَعَ / اعْتِرَافِ الْغَرِيمِ ، فَلَا أَنْ يُحَلَّ مَعَ جَحْدِهِ وَعَجْزِهِ عَنِ الْوُصُولِ إِلَى حَقِّهِ إِلَّا بِذَلِكَ أَوْلَى ، وَلَئِنْ

٩٢/٤ ظ

(١) سقط من : ١ .

(٢) في ١ : « وذلك » .

الْمُدَّعَى هُنَا يَأْخُذُ عَوَضَ حَقِّهِ الثَّابِتِ لَهُ ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَدْفَعُ لِدَفْعِ الشَّرِّ عَنْهُ ،
 وَقَطْعُ الْخُصُومَةِ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِتَحْرِيمِ ذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ ، وَلِأَنَّهُ صَلَاحٌ يَصِحُّ مَعَ
 الْأَجْنَبِيِّ ، فَصَحَّ مَعَ الْخَصْمِ ، كَالصَّلَاحِ مَعَ الْإِقْرَارِ . يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إِذَا صَحَّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ مَعَ
 غِنَاهُ عَنْهُ ، فَلَا نَ يَصِحُّ مَعَ الْخَصْمِ مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ أَوَّلَى . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ مُعَاوَضَةٌ . قُلْنَا :
 فِي حَقِّهِمَا أَمْ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ؟ الْأَوَّلُ مَمْنُوعٌ ، وَالثَّانِي مُسَلَّمٌ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُدَّعَى يَأْخُذُ
 عَوَضَ حَقِّهِ مِنَ الْمُنْكَرِ لِعِلْمِهِ بِثُبُوتِ حَقِّهِ عِنْدَهُ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّهِ ، وَالْمُنْكَرُ يَعْتَقِدُ
 أَنَّهُ يَدْفَعُ الْمَالَ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ وَالْيَمِينِ عَنْهُ ، وَيُخَلِّصُهُ مِنْ شَرِّ الْمُدَّعَى ، فَهُوَ أَجْرٌ فِي
 حَقِّهِ ، وَغَيْرُ مُمْتَنِعٍ ثُبُوتُ الْمُعَاوَضَةِ فِي حَقِّ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ دُونَ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى
 عَبْدًا شَهِدَ بِحُرِّيَّتِهِ ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ ، وَيَكُونُ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّ الْبَائِعِ ، وَاسْتِنْقَادًا لَهُ مِنَ الرَّقِّ
 فِي حَقِّ الْمُشْتَرَى ، كَذَا هُنَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا يَصِحُّ هَذَا الصَّلَاحُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ
 الْمُدَّعَى مُعْتَقِدًا أَنَّ مَا ادَّعَاهُ حَقٌّ ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَعْتَقِدُ أَنَّهُ لَا حَقَّ عَلَيْهِ ، فَيَدْفَعُ إِلَى
 الْمُدَّعَى شَيْئًا افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ ، وَقَطْعًا لِلْخُصُومَةِ ، وَصِيَانَةً لِنَفْسِهِ عَنِ التَّبَدُّلِ ، وَحُضُورِ
 مَجْلِسِ الْحَاكِمِ ، فَإِنَّ ذَوِي النُّفُوسِ الشَّرِيفَةِ وَالْمُرُوءَةِ يَصْنَعُونَ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ ، وَيَرَوْنَ دَفْعَ
 ضَرَرِهَا عَنْهُمْ مِنْ أَكْثَرِ مَصَالِحِهِمْ ، وَالشَّرْعُ لَا يَمْنَعُهُمْ مِنْ وَقَايَةِ أَنْفُسِهِمْ وَصِيَانَتِهَا ،
 وَدَفْعِ الشَّرِّ عَنْهُمْ بِبَدْلِ أَمْوَالِهِمْ ، وَالْمُدَّعَى يَأْخُذُ ذَلِكَ عَوَضًا عَنْ حَقِّهِ الثَّابِتِ لَهُ ، فَلَا
 يَمْنَعُهُ الشَّرْعُ مِنْ ذَلِكَ أَيْضًا ، سَوَاءً كَانَ الْمَأْخُوذُ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ،
 بِقَدْرِ حَقِّهِ أَوْ دُونَهُ ، فَإِنْ أَخَذَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ بِقَدْرِهِ فَهُوَ مُسْتَوْفٍ لَهُ ، وَإِنْ أَخَذَ دُونَهُ ،
 فَقَدْ اسْتَوْفَى بَعْضَهُ وَتَرَكَ بَعْضَهُ ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ فَقَدْ أَخَذَ عَوَضَهُ . وَلَا
 يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَاهُ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ لَا مُقَابِلَ لَهُ ، فَيَكُونُ ظَالِمًا
 بِأَخْذِهِ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ جَازٌ ، وَيَكُونُ بَيْعًا فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ؛ لِإِعْتِقَادِهِ أَخْذَهُ
 عَوَضًا ، فَيَلْزِمُهُ حُكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ كَانَ الْمَأْخُوذُ شِقْصًا فِي دَارٍ أَوْ عَقَارٍ ، وَجَبَتْ فِيهِ
 الشُّفْعَةُ ، وَإِنْ وَجَدَ بِهِ عَيِّبًا فَلَهُ رَدُّهُ ، وَالرَّجُوعُ فِي دَعْوَاهُ ، وَيَكُونُ فِي حَقِّ الْمُنْكَرِ بِمَنْزِلَةِ
 الْإِبْرَاءِ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ الْمَالَ افْتِدَاءً لِيَمِينِهِ ، وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ ، لَا عَوَضًا عَنْ حَقِّهِ يَعْتَقِدُهُ ،
 فَيَلْزِمُهُ أَيْضًا حُكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ وَجَدَ بِالْمُصَالِحِ عَنْهُ عَيِّبًا ، لَمْ يَرْجِعْ / بِهِ عَلَى الْمُدَّعَى ؛

لَا عِتْقَادَهُ أَنَّهُ مَا أَخَذَ^(٣) عَوْضًا . وَإِنْ كَانَ شِقْصًا لَمْ تَثْبُتْ^(٤) فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُهُ عَلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يَزَلْ ، وَمَا مَلَكَهُ بِالصُّلْحِ . وَلَوْ دَفَعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ^(٥) إِلَى الْمُدْعَى^(٥) مَا ادَّعَاهُ أَوْ بَعْضَهُ ، لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حُكْمُ الْبَيْعِ ، وَلَا تَثْبُتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ ، وَأَخَذَ عَيْنَ مَالِهِ ، مُسْتَرْجِعًا لَهَا مِمَّنْ هِيَ عِنْدَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ بَيْعًا ، كَاسْتِرْجَاعِ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعِيَ الْمُدْعَى شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ،^(٦) (أَوْ يُنْكِرُ^(٦) الْمُنْكَرُ حَقًّا يَعْلَمُ أَنَّهُ عَلَيْهِ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ فِي الْبَاطِنِ ؛ لِأَنَّ الْمُدْعَى إِذَا كَانَ كَاذِبًا ، فَمَا يَأْخُذُهُ أَكُلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، أَخَذَهُ بِشَرِّهِ وَظُلْمِهِ وَدَعَاؤُهُ الْبَاطِلَةَ ، لَا عَوْضًا عَنْ حَقٍّ لَهُ ، فَيَكُونُ حَرَامًا عَلَيْهِ ، كَمَنْ خَوْفَ رَجُلٍ بِالْقَتْلِ حَتَّى أَخَذَ مَالَهُ . وَإِنْ كَانَ صَادِقًا ، وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ يَعْلَمُ صِدْقَهُ وَثُبُوتَ حَقِّهِ ، فَجَحْدُهُ لِيَنْتَقِصَ حَقُّهُ ، أَوْ يُرْضِيَهُ عَنْهُ بِشَيْءٍ ، فَهُوَ هَضْمٌ لِلْحَقِّ ، وَأَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ حَرَامًا ، وَالصُّلْحُ بَاطِلٌ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ مَالُ الْمُدْعَى بِذَلِكَ . وَقَدْ ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ فَقَالَ^(٧) : « وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ فَجَحْدَهُ ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ » . يَعْنِي فِي الْحَقِيقَةِ ، وَأَمَّا الظَّاهِرُ لَنَا فَهُوَ الصَّحَّةُ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ بَاطِنَ الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَنْبَغِي الْأَمْرُ عَلَى الظُّوَاهِرِ ، وَالظَّاهِرُ مِنَ الْمُسْلِمِ السَّلَامَةُ .

فصل : وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ وَدِيعَةً ، أَوْ قَرْضًا ، أَوْ تَفْرِيطًا فِي وَدِيعَةٍ أَوْ مُضَارَبَةٍ ، فَأَنْكَرَهُ ، وَاصْطَلَحَا ، صَحَّ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكَرِ أَجْنَبِيٌّ ، صَحَّ ، سِوَاءِ اعْتَرَفَ لِلْمُدْعَى بِصِحَّةِ دَعَاؤِهِ أَوْ لَمْ يَعْتَرِفْ ، وَسِوَاءِ كَانَ بِإِذْنِهِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنَّمَا يَصَحُّ

(٣) فِي ب : « أَخَذَهُ » .

(٤) فِي ب : « تَجِبَ » .

(٥-٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٦-٦) فِي ب ، م : « وَيُنْكِرُ » .

(٧) فِي أ ، م : « فِي قَوْلِهِ » .

إذا اعترف للمُدَّعى بِصِدْقِهِ ، وهذا مَبْنِيٌّ عَلَى صَلَاحِ الْمُنْكَرِ ، وقد ذَكَرْنَاهُ . ثم لا يَخْلُو الصَّلَاحُ ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ دَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ ، فَإِنْ كَانَ عَنْ دَيْنٍ ، صَحَّ ، سواءً كَانَ بِإِذْنِ الْمُنْكَرِ ، أَوْ بغيرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ عَنْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ وَبغيرِ إِذْنِهِ ، فَإِنَّ عَلِيًّا وَأَبَا قَتَادَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَضَيَا عَنْ الْمَيِّتِ ، فَأَجَّازَهُ النَّبِيُّ ﷺ ^(٨) ، وَإِنْ كَانَ الصَّلَاحُ عَنْ عَيْنٍ بِإِذْنِ الْمُنْكَرِ ، فَهُوَ كَالصَّلَاحِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَكَّلِ . وَإِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ ، فَهُوَ افْتِدَاءٌ لِلْمُنْكَرِ مِنَ الْخُصُومَةِ ، وَإِبْرَاءٌ لَهُ مِنَ الدَّعْوَى ، وَذَلِكَ جَائِزٌ . وَفِي الْمَوْضِعَيْنِ ، إِذَا صَلَّاحَ عَنْهُ بغيرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى عَنْهُ مَا لَا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ . وَخَرَّجَهُ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ، فِيمَا إِذَا قَضَى دَيْنَهُ الثَّابِتَ بغيرِ إِذْنِهِ ، / وليس هذا بِجَيِّدٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَمْ يَثْبُتْ وَجُوبُهُ عَلَى الْمُنْكَرِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ إِلَى الْمُدَّعَى ، فَكَيْفَ يَلْزَمُهُ أَدَاؤُهُ إِلَى غَيْرِهِ ! وَلَئِنَّهُ أَدَّى عَنْهُ مَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ، فَكَانَ مُتَبَرِّعًا ، كَمَا لَوْ تَصَدَّقَ عَنْهُ . وَمَنْ قَالَ بِرُجُوعِهِ ، فَإِنَّهُ يَجْعَلُهُ كَالْمُدَّعَى فِي الدَّعْوَى عَلَى الْمُنْكَرِ لَا غَيْرَ ، أَمَّا أَنْ يَجِبَ لَهُ الرُّجُوعُ بِمَا أَدَّاهُ حَتْمًا ، فَلَا وَجْهَ لَهُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يَجِبُ لِمَنْ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ أَنْ يَقُومَ مَقَامَ صَاحِبِ الدَّيْنِ ، وَصَاحِبُ الدَّيْنِ هُنَا لَمْ يَجِبْ لَهُ حَقٌّ ، وَلَا لَزِمَ الْأَدَاءُ إِلَيْهِ ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ جَوَازِ الدَّعْوَى ، فَكَذَلِكَ هَذَا . وَيُشْتَرَطُ فِي جَوَازِ الدَّعْوَى أَنْ يَعْلَمَ صِدْقَ الْمُدَّعَى ، فَأَمَّا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ دَعْوَى بِشَيْءٍ لَا يَعْلَمُ ثُبُوتَهُ . وَأَمَّا إِذَا صَلَّاحَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، فَهُوَ وَكَيلُهُ ، وَالتَّوَكُّلُ فِي ذَلِكَ جَائِزٌ . ثُمَّ إِنْ أَدَّى عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، رَجَعَ إِلَيْهِ ^(٩) ، وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ أَدَّى عَنْهُ بغيرِ إِذْنِهِ مُتَبَرِّعًا ، لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ قَضَاهُ مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ، خُرِّجَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي مَنْ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بغيرِ إِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ

(٨) حديث على أخرجه البيهقي ، في : باب وجوب الحق بالضمان ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى

٦ / ٧٣ . والدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٣ / ٧٨ .

وحديث أبي قتادة ، أخرجه البخاري ، في : باب إن أحال دين الميت على رجل جاز ، من كتاب الحوالة . صحيح

البخاري ٣ / ١٢٣ ، ١٢٤ . وأحمد ، في : المسند ٣ / ٣٣٠ . والبيهقي ، في : باب ما يستدل به على أن الضمان

لا ينتقل الحق ، وباب الضمان عن الميت ، من كتاب الضمان . السنن الكبرى ٦ / ٧٤ ، ٧٥ . والحاكم ، في : باب

التشديد في أداء الدين ، من كتاب البيوع . المستدرک ٢ / ٥٨ .

(٩) في ١ : عليه .

وَجَبَ عَلَيْهِ أَذَاؤُهُ بِعَقْدِ الصُّلْحِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ وَقَضَى بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَإِنَّهُ قَضَى مَا لَا يَجِبُ عَلَى الْمُنْكَرِ قَضَاؤُهُ .

فصل : وإن صَالَحَ الْأَجْنَبِيُّ الْمُدَّعَى لِنَفْسِهِ ؛ لِتَكُونَ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، فَلَا يَخْلُو مِنْ أَنْ يَعْتَرِفَ لِلْمُدَّعَى بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، أَوْ لَا يَعْتَرِفَ لَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ لَهُ ، كَانَ الصُّلْحُ بَاطِلًا ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مَا لَمْ يَثْبُتْ لَهُ ، وَلَمْ تَتَوَجَّهْ إِلَيْهِ خُصُومَةٌ يَفْتَدِي مِنْهَا ، فَأَشْبَهَ مَالُو اشْتَرَى مِنْهُ مِلْكًا غَيْرَهُ . وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وَكَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَا يَقْدِرُ الْبَائِعُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، وَلَأَنَّهُ بَيَعَ لِلدَّيْنِ ^(١٠) مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ . وَمَنْ أَصْحَابُنَا مَنْ قَالَ : يَصِحُّ . وَلَيْسَ بِجَيِّدٍ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الدَّيْنِ الْمُقَرَّبَ مِنْ غَيْرِ مَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ لَا يَصِحُّ ، فَبَيْعُ دَيْنٍ فِي ذِمَّةِ مُنْكَرٍ مَعْجُوزٍ عَنْ قَبْضِهِ أَوَّلَى . وَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَيْنًا ، فَقَالَ الْأَجْنَبِيُّ لِلْمُدَّعَى : أَنَا أَعْلَمُ أَنَّكَ صَادِقٌ ، فَصَالِحِنِي عَنْهَا ، فَإِنِّي قَادِرٌ عَلَى اسْتِنْقَازِهَا مِنَ الْمُنْكَرِ . فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَصِحُّ الصُّلْحُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ مِلْكَهُ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ . ثُمَّ إِنْ قَدَّرَ عَلَى انْتِزَاعِهِ ، اسْتَقَرَّ الصُّلْحُ ، وَإِنْ عَجَزَ ، كَانَ لَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لَهُ الرَّجُوعُ / إِلَى بَدَلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الصُّلْحَ كَانَ فَاسِدًا ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي هُوَ الْقُدْرَةُ عَلَى قَبْضِهِ مَعْدُومٌ حَالِ الْعَقْدِ ، فَكَانَ فَاسِدًا ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدَهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ آبِقٌ ، أَوْ مَيِّتٌ . وَلَوْ اعْتَرَفَ لَهُ بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَا لَا يُمَكِّنُهُ قَبْضُهُ ^(١١) ، فَأَشْبَهَ شِرَاءَ الْعَبْدِ الْآبِقِ ، وَالْجَمَلِ الشَّارِدِ . فَإِنْ اشْتَرَاهُ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنْ قَبْضِهِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ قَبْضَهُ مُمَكِّنٌ ، صَحَّ الْبَيْعُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَنَاوَلَ مَا يُمَكِّنُ قَبْضَهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ عَلِمَا ^(١٢) ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ ظَنَّ عَدَمَ الشَّرْطِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا يَظُنُّ أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ أَنَّهُ عَبْدٌ غَيْرُهُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ عَبْدُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّ الْبَيْعَ يَفْسُدُ بِالْعَجْزِ عَنْ تَسْلِيمِ

و ٩٤/٤

(١٠) فِي ب : « الدَّيْنِ » .

(١١) فِي م زِيَادَةٌ : « مِنْهُ » .

(١٢) فِي ب ، م : « عَلِمْنَا » .

المبيع ، وبين من لم يعلم ذلك ؛ لأن من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والشراء ، فكان يئعه فاسدا ؛ لكونه متلاعبا بقوله ، معتقدا فسادَهُ ، ومن لا يعلم يعتقدُه صحيحا ، وقد تبين اجتماع شروطه ، فصَحَّ ، كما لو علمه مقدورا على تسليمه .

فصل : فإن قال الأجنبي للمدعى : أنا وكيل المدعى عليه في مصالحك عن هذه العين ، وهو مقر لك بها ، وإنما يجحدها في الظاهر . فظاهر كلام الخرقى أن الصلح لا يصح ؛ لأنه يجحدها في الظاهر لينتقص المدعى بعض حقه ، أو يشتريه بأقل من^(١٣) ثمنه ، فهو هاضم للحق ، يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان ، فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك ، فقال : أنا أعلم صحة دعواك ، وأن هذا لك ، ولكن لا أسلمه إليك ، ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه ، أو عوض عنه . وقال القاضي : يصح . وهذا مذهب الشافعي . قالوا : ثم ينظر إلى المدعى عليه ، فإن صدقه على ذلك ، ملك العين ،^(١٤) « ورجع الأجنبي عليه » بما أدى عنه ، إن كان إذن له في الدفع ، وإن أنكر الإذن في الدفع ، فالقول قوله مع يمينه ، ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه . وإن أنكر الوكالة ، فالقول قوله مع يمينه ، وليس للأجنبي الرجوع عليه ، ولا يحكم له بملكها . فأما حكم ملكها في الباطن ، فإن كان وكل الأجنبي في الشراء ، فقد ملكها ؛ لأنه اشتراها بإذنه ، فلا يقدح إنكاره في ملكها ؛ لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وإنما هو ظالم بالإثكار للأجنبي ، وإن كان لم يوكله ، لم يملكها ؛ لأنه اشترى له / عينا بغير إذنه . ويحتمل أن يقف على إجازته ، كما قلنا في من اشترى لغيره شيئا بغير إذنه بئس في ذمته ، فإن أجازته ، لزم في حقه ، وإن لم يجزه ، لزم من اشتراه . وإن قال الأجنبي للمدعى : قد عرف المدعى عليه صحة دعواك ، وهو يسألك أن تصالحه عنه ، وقد وكلني في المصالح عنه . فصالحه ، صح ، وكان الحكم كما ذكرنا ؛ لأنه

٩٤/٤ ظ

(١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٤-١٤) في ا ، م : « ورجع على الأجنبي وعليه » .

هَهُنَا لَمْ يَمْتَنِعْ مِنْ أَدَائِهِ ، بَلِ اعْتَرَفَ بِهِ ، وَصَالَحَهُ عَلَيْهِ ، مَعَ بَذْلِهِ لَهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ لَمْ يَجْحَدْهُ .

٨١٨ - مسألة ؛ قال : (وَمِنْ اعْتَرَفَ بِحَقِّ ، فَصَالَحَ عَلَى بَعْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ صُلْحًا ؛ لِأَنَّهُ هَضَمَ لِلْحَقِّ)

وَجُمِلَتْهُ أَنْ مَنْ اعْتَرَفَ بِحَقِّ ، وَامْتَنَعَ مِنْ أَدَائِهِ حَتَّى صُولِحَ عَلَى بَعْضِهِ ، فَالْصُّلْحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ صَالَحَ عَنْ بَعْضِ مَالِهِ بِبَعْضٍ ، وَهَذَا مُحَالٌ ^(١) ، وَسَوَاءٌ كَانَ بَلْفِظَ الصُّلْحِ ، أَوْ بَلْفِظَ الْإِبْرَاءِ ، أَوْ بَلْفِظَ الْهَبَةِ الْمَقْرُونِ بِشَرْطٍ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أُبْرَأُكَ عَنْ خَمْسِمَائَةٍ ، أَوْ وَهَبْتُ لَكَ خَمْسِمَائَةٍ ، بِشَرْطِ أَنْ تُعْطِيَنِي مَا بَقِيَ . وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعْطِ بَعْضَ حَقِّهِ إِلَّا بِإِسْقَاطِهِ ^(٢) بَعْضَهُ ، فَهُوَ حَرَامٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ هَضَمَهُ حَقَّهُ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ^(٣) : الصُّلْحُ عَلَى الْإِقْرَارِ هَضَمٌ لِلْحَقِّ ، فَمَتَى أَلْزَمَ الْمُقَرَّرُ لَهُ تَرْكَ بَعْضِ حَقِّهِ ، فَتَرَكَهُ عَنْ غَيْرِ طَيْبٍ نَفْسِهِ ^(٤) ، لَمْ يَطِبِ الْأَخْذُ . وَإِنْ تَطَوَّعَ الْمُقَرَّرُ بِإِسْقَاطِ بَعْضِ حَقِّهِ بِطَيْبٍ مِنْ نَفْسِهِ ، جَازَ ، غَيْرَ أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِصُلْحٍ ، وَلَا مِنْ بَابِ الصُّلْحِ بِسَبِيلٍ . وَلَمْ يُسَمَّ الْخِرْقِيُّ الصُّلْحَ إِلَّا فِي الْإِنْكَارِ ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَا ذِكْرَهُ ، فَأَمَّا فِي الْاعْتِرَافِ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِشَيْءٍ ، وَقَضَاهُ مِنْ جَنْسِهِ ، فَهُوَ وَفَاءٌ ، وَإِنْ قَضَاهُ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ ، وَإِنْ أُبْرَأَ مِنْ بَعْضِهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَاسْتَوْفَى الْبَاقِيَ ، فَهُوَ إِبْرَاءٌ ، وَإِنْ وَهَبَ لَهُ بَعْضَ الْعَيْنِ ، وَأَخَذَ بَاقِيَهَا بِطَيْبِ نَفْسٍ ، فَهِيَ هِبَةٌ ، فَلَا يُسَمَّى ذَلِكَ صُلْحًا . وَنَحْوُ ذَلِكَ قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَسَمَّاهُ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ صُلْحًا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَغَيْرِهِ ؛ وَالْخِلَافُ فِي التَّسْمِيَةِ ، أَمَّا الْمَعْنَى فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ فِعْلُ مَا عَدَا وَفَاءَ الْحَقِّ ، وَإِسْقَاطُهُ عَلَى وَجْهِ يَصِحُّ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ مُعَاوَضَةٌ ، وَإِبْرَاءٌ ، وَهِبَةٌ .

(١) المحال ، بكسر الميم : الكيد وزوم الأمر بالحيل .

(٢) في ب : « بإسقاط » .

(٣) في ب ، م : « إسحاق » .

(٤) في انبادة : « منه » . ولعل قراءة الجملة : « نفس منه » .

فَأَمَّا الْمُعَاوَضَةُ ، فَهُوَ أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعَيْنٍ فِي يَدِهِ ، أَوْ دَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ ، ثُمَّ يَتَّفِقَانِ عَلَى تَعْوِضِهِ عَنْ ذَلِكَ بِمَا يَجُوزُ تَعْوِضُهُ بِهِ ، وَهَذَا ثَلَاثَةُ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَعْتَرِفَ / لَهُ بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ ، فَيُصَالِحَهُ [عَلَى] الْآخَرِ ، نَحْوُ أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَيُصَالِحَهُ مِنْهَا بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ ، أَوْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَهَذَا صَرَفٌ ، يُشْتَرَطُ لَهُ شُرُوطُ الصَّرْفِ ، مِنْ التَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ وَنَحْوِهِ . الثَّانِي ، أَنْ يَعْتَرِفَ لَهُ بِعُرُوضٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى أَثْمَانٍ ، أَوْ بِأَثْمَانٍ ، فَيُصَالِحَهُ عَلَى عُرُوضٍ ، فَهَذَا بَيْعٌ يَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ . وَإِنْ اعْتَرَفَ لَهُ بِدَيْنٍ ، فَصَالِحَهُ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، لَمْ يَجْزِ التَّفَرُّقُ قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ . الثَّالِثُ . أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى سُكْنَى دَارٍ ، أَوْ خِدْمَةِ عَبْدٍ ، وَنَحْوِهِ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ لَهُ عَمَلًا مَعْلُومًا ، فَيَكُونُ ذَلِكَ إِجَارَةً ، لَهَا حُكْمُ سَائِرِ الْإِجَارَاتِ ، وَإِذَا أُتْلِفَ ^(٥) الدَّارُ أَوْ الْعَبْدُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ ، وَرَجَعَ بِمَا صَالَحَ عَنْهُ . وَإِنْ تَلَفَتْ ^(٦) بَعْدَ اسْتِيفَاءِ شَيْءٍ مِنَ الْمَنْفَعَةِ ، انْفَسَخَتْ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، وَرَجَعَ بِقِسْطِ مَا بَقِيَ . وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ جَارِيَتَهُ ، وَهُوَ مَمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، صَحَّ . وَكَانَ الْمُصَالِحُ عَنْهُ صَدَاقَهَا ^(٧) ، فَإِنْ انْفَسَخَ النِّكَاحُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِأَمْرِ يُسْقِطُ الصَّدَاقَ ، رَجَعَ الزَّوْجُ بِمَا صَالَحَ عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ بِنِصْفِهَا ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَرِفُ امْرَأَةً ، فَصَالَحَتْ الْمُدَّعَى عَلَى أَنْ تُزَوِّجَهُ نَفْسَهَا ، جَازَ . وَلَوْ كَانَ الْمُعْتَرِفُ بِهِ عَيْبًا فِي مَبِيعِهَا ، فَصَالَحَتْهُ عَلَى نِكَاحِهَا ، صَحَّ . فَإِنْ زَالَ الْعَيْبُ ، رَجَعَتْ بِأَرْشِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ صَدَاقُهَا ، فَرَجَعَتْ بِهِ ، لَا بِمَهْرٍ مِثْلِهَا . وَإِنْ لَمْ يَزَلِ الْعَيْبُ ، لَكِنْ انْفَسَخَ نِكَاحُهَا بِمَا يُسْقِطُ صَدَاقَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِأَرْشِهِ .

(٥) فِي ب : « أَتْلَفَتْ » .

(٦) فِي ب : « تَلَفَ » .

(٧) فِي ب : « صَدَاقًا » .

القسم الثاني ، الإبراء ، وهو أن يَعْتَرِفَ له بِدَيْنٍ في ذِمَّتِهِ ، فيقول : قد أبرأتك من نصفه أو جزءٍ مُعَيَّنٍ منه ، فَأَعْطِنِي ما بَقِيَ . فيَصِحُّ إذا كانت البراءة مُطْلَقَةً من غير شَرْطٍ . قال أَحْمَدُ : إذا كان لِلرَّجُلِ على الرَّجُلِ الدَّيْنُ ، ليس عنده وفاء فَوَضَعَ عنه بعضَ حَقِّه ، وأَخَذَ منه الباقِي ، كان ذلك جَائِزًا لهما ، ولو فَعَلَ ذلك قَاضٍ ، لم يَكُنْ عليه في ذلك إِثْمٌ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ ^(٨) كَلَّمَ غُرَمَاءَ جَابِرٍ لِيَضْعُوا عنه ، فَوَضَعُوا عنه الشَّطْرَ ^(٩) . وفي الذي أُصِيبَ في حَدِيثِهِ فَمَرَّ به النَّبِيُّ ﷺ ، وهو مَلْزُومٌ ، فَأَشَارَ إلى غُرَمَائِهِ بالنَّصْفِ ، فَأَخَذُوهُ منه ^(١٠) . فإن فَعَلَ ذلك / قَاضٍ اليوم ، جَازَ إذا كان على وَجْهِ الصُّلْحِ والنَّظَرِ لهما . وَرَوَى يُونُسُ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن عَبْدِ اللَّهِ بن كَعْبٍ ، عن أَبِيهِ ، أَنَّهُ تَقَاضَى ابنُ أَبِي حَدَرْدٍ دَيْنًا كان له ^(١١) عليه في المَسْجِدِ ، فَأَرْتَفَعَتْ أَصْوَاتُهُمَا حَتَّى سَمِعَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ نَادَى : « يَا كَعْبُ » . قال : لَبَّيْكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَأَشَارَ إِلَيْهِ ، أَنِ ضَعِ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ . قال : قد فَعَلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ . قال رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قُمْ فَأَعْطِهِ » ^(١٢) . فإن قال : على أَن تُوفِّيَنِي ما بَقِيَ بَطْلًا ؛ لَأَنَّهُ ما أَبْرَأَهُ عن

٩٥/٤ ظ

(٨) في ١ ، ب زيادة : « قد » .

(٩) وضع الشطر يأتي في قضية ابن أبي حدرد ، وحديث جابر ليس في قضاء بعض الدين وتأخير البعض ، وأخرجه البخاري ، في : باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز ، وباب إذا قاضى أو جازفه في الدين تبرا بغيره ، من كتاب الاستقراض ، وفي : باب إذا وهب ديناً على رجل ، من كتاب الهبة ، وفي : باب الصلح بين الغرماء ، من كتاب الصلح ، وفي : باب علامات النبوة في الإسلام ، من كتاب المناقب . صحيح البخاري ٣ / ١٥٤ ، ٢١٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٤ / ٢٣٥ . وأبو داود ، في : باب ما جاء في الرجل يموت وعليه دين ، من كتاب الوصايا . سنن أبي داود ٢ / ١٠٧ . والنسائي ، في : باب قضاء الدين قبل الميراث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦ / ٢٠٥ . وابن ماجه ، في : باب أداء الدين عن الميت ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢ / ٨١٣ ، ٨١٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣١٣ .

(١٠) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يلحقه الدين فيحط عنه ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٧ / ٣١٩ . وابن حجر ، في : باب القراض ، من كتاب البيوع . المطالب العالية ١ / ٤١٩ .

(١١) سقط من : م .

(١٢) أخرجه البخاري ، في : باب التقاضي والملازمة في المسجد ، وباب رفع الصوت في المساجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب كلام الخصوم بعضهم في بعض ، من كتاب الخصومات ، وفي : باب الصلح بالدين والعين ، من كتاب الصلح . صحيح البخاري ١ / ١٢٣ ، ١٢٤ ، ١٢٧ ، ٣ / ١٦٠ ، ٢٤٦ . ومسلم ، في : باب =

بعض الحق إلا ليؤقيه بقيته ، فكأنه عاوض^(١٣) بعض حقه ببعض .
القسم الثالث ، الهبة . وهو أن يكون له في يده عين ، فيقول : قد وهبتك نصفها ،
فأعطيني بقيتها . فيصح ، ويُعتبر له شروط الهبة . وإن أخرجه مخرج الشرط ، لم
يصح . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء
به^(١٤) ، فكأنه عاوض^(١٥) بعض حقه ببعض . وإن أبرأه من بعض الدين ، أو وهب له
بعض العين بلفظ الصلح ، مثل أن يقول : صالحتك نصف دينك علي ، أو ينصف
دارك هذه . فيقول : صالحتك بذلك . لم يصح . ذكره القاضي وابن عقيل . وهو قول
بعض أصحاب الشافعي . وقال أكثرهم : يجوز الصلح ؛ لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج
عن أن يكون صلحاً ، ولا يبقى له تعلق به ، فلا يسمى صلحاً ، أما إذا كان بلفظ الصلح
سمى صلحاً ؛ لوجود اللفظ ، وإن تخلف المعنى ، كالهبة بشرط الثواب ، وإنما
يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض ، أما مع عدمه فلا . وإنما معنى
الصلح الاتفاق والرضى ، وقد يحصل هذا من غير عوض ، كالتمليك إذا كان بعوض
سمى بيعاً ، وإن خلا عن العوض سمي هبة . ولنا ، أن لفظ الصلح يقتضي
المعاوضة ؛ لأنه إذا قال : صالحتك بهبة كذا ، أو على^(١٦) هبة كذا ، أو على^(١٦) نصف
هذه العين ، ونحو هذا . فقد أضاف إليه بالمقابلة ، فصار كقوله : بعني باللف . وإن
أضاف إليه « على » جرى مجرى الشرط . كقوله تعالى : ﴿ فَهَلْ تَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا
عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾^(١٧) . وكلاهما لا يجوز ؛ بدليل ما لو صرح بلفظ

= استحباب الوضع من الدين ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١١٩٢ . وأبو داود ، في : باب في
الصلح ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود ٢ / ٢٧٣ . والنسائي ، في : باب حكم الحاكم في داره ، من كتاب
القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٠ . وابن ماجه ، في : باب الحبس في الدين والملازمة ، من كتاب الصدقات . سنن ابن
ماجه ٢ / ٨١١ . والدارمي ، في : باب في إنظار المعسر ، من كتاب البيوع . سنن الدارمي ٢ / ٢٦١ . والإمام
أحمد ، في : المسند ٦ / ٣٩٠ .

(١٣) في الأصل ، أ ، م : « عارض » تحريف .

(١٤) سقط من : أ ، ب .

(١٥) في الأصل ، م : « عارض » .

(١٦-١٦) سقط من : م .

(١٧) سورة الكهف ٩٤ .

الشَّرْطُ أَوْ بِلَفْظِ الْمُعَاوَضَةِ^(١٨) . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يُسَمَّى صَلْحًا . مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سُمِّيَ صَلْحًا فَمَجَازٌ ؛ لِتَضَمُّنِهِ قَطْعَ النَّزَاعِ وَإِزَالَةَ الْخُصُومَةِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الصُّلْحُ لَا / يَقْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ . قُلْنَا : لَا نُسَلِّمُ . وَإِنْ سَلَّمْنَا لَكِنِ الْمُعَاوَضَةُ حَصَلَتْ مِنْ اقْتِرَانِ حَرْفِ الْبَاءِ ، أَوْ عَلَى ، أَوْ نَحْوَهُمَا بِهِ^(١٩) ، فَإِنَّ لَفْظَةَ الصُّلْحِ تَحْتَاجُ إِلَى حَرْفٍ تُعَدِّي بِهِ ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي الْمُعَاوَضَةَ ، عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ بَيْتًا ، فَصَالِحُهُ عَلَى بَعْضِهِ ، أَوْ عَلَى بِنَاءِ غُرْفَةٍ فَوْقَهُ ، أَوْ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهُ سَنَةً ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُصَالِحُهُ مِنْ مِلْكِهِ عَلَى مِلْكِهِ أَوْ مَنْفَعَتِهِ . وَإِنْ أَسْكَنَهُ كَانَ تَبَرُّعًا مِنْهُ ، مَتَى شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا . وَإِنْ أَعْطَاهُ بَعْضَ دَارِهِ بِنَاءً عَلَى هَذَا ، فَمَتَى شَاءَ انْتَزَعَهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ عَوَضًا عَمَّا لَا يَصْلُحُ عَوَضًا عَنْهُ . وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْمُصَالِحَةِ ، مُعْتَقِدًا أَنَّ ذَلِكَ وَجِبَ عَلَيْهِ^(٢٠) بِالصُّلْحِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ^(٢١) بِأَجْرِ مَا سَكَنَ وَأَجَرَ مَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، فَأُشْبِهَ الْمَبِيعَ الْمَأْخُوذَ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ ، وَسُكِنَى الدَّارَ بِإِجَارَةٍ فَاسِدَةٍ . وَإِنْ بَنَى فَوْقَ الْبَيْتِ غُرْفَةً ، أُجْبِرَ عَلَى تَقْضِيهَا . وَإِذَا آجَرَ السُّطْحَ مُدَّةً مُقَامِهِ فِي يَدَيْهِ ، فَلَهُ أَخْذُ آلَتِهِ . وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُصَالِحَهُ صَاحِبُ الْبَيْتِ عَنْ بِنَائِهِ بِعَوَضٍ ، جَازَ . وَإِنْ بَنَى الْغُرْفَةَ بِتَرَايٍ مِنْ أَرْضِ صَاحِبِ الْبَيْتِ وَآلَتِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُ بِنَائِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لِصَاحِبِ الْبَيْتِ . وَإِنْ أَرَادَ تَقْضِ الْبِنَاءِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، إِذَا أُبْرَأَهُ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانٍ مَا يَتَلَفُ بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْلِكَ تَقْضِيَهُ ، كَقَوْلِنَا فِي الْعَاصِبِ .

فصل : وَإِذَا صَالِحُهُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ سَنَةً ، صَحَّ ، وَكَانَتْ إِجَارَةً . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ . فَإِنْ بَاعَ الْعَبْدُ فِي السَّنَةِ ، صَحَّ الْبَيْعُ ، وَيَكُونُ الْمُشْتَرِي مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ بَقِيَّةَ السَّنَةِ ،

(١٨) فِي النِّسْخِ : « الْمُعَارَضَةُ » .

(١٩) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٢٠ - ٢١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ١ ، م .

وَلِلْمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَتِهِ إِلَى انْقِضَاءِ مُدَّتِهِ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ أُمَّتُهُ ثُمَّ بَاعَهَا . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ
 الْمُشْتَرِي بِذَلِكَ ، فَلَهُ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ غَيَّبٌ . وَإِنْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ ، نَفَذَ عِتْقَهُ ؛
 لِأَنَّهُ مَمْلُوكُهُ يَصِحُّ بَيْعُهُ ، فَصَحَّ عِتْقُهُ لغيرِهِ ، وَلِلْمُصَالِحِ أَنْ يَسْتَوْفِيَ نَفْعَهُ فِي الْمُدَّةِ ، لِأَنَّهُ
 أَعْتَقَهُ بَعْدَ أَنْ مَلَكَ مَنْفَعَتَهُ لغيرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَالُوهُ أَعْتَقَ الْأَمَةَ الْمُزَوَّجَةَ لِحُرِّ . وَلَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ
 عَلَى سَيِّدِهِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مَا زَالَ مِلْكُهُ بِالْعِتْقِ إِلَّا عَنِ الرِّقَبَةِ ، وَالْمَنَافِعِ حِينَئِذٍ مَمْلُوكَةٌ لغيرِهِ ،
 فَلَمْ تَتَلَفْ مَنَافِعُهُ بِالْعِتْقِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ مَسْلُوبُ الْمَنْفَعَةِ ، / فَلَمْ يَرْجِعْ
 بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ زَمَانًا أَوْ مَقْطُوعَ الْيَدَيْنِ ، أَوْ أَعْتَقَ أَمَةً مُزَوَّجَةً ، وَذَكَرَ الْقَاضِي وَابْنُ
 عَقِيلٍ وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى سَيِّدِهِ بِأَجْرِ مِثْلِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ
 اقْتَضَى إِزَالََةَ مِلْكِهِ عَنِ الرِّقَبَةِ وَالْمَنْفَعَةِ جَمِيعًا ، فَلَمَّا لَمْ تَحْصُلِ الْمَنْفَعَةُ لِلْعَبْدِ هُنَا ،
 فَكَانَتْ حَالُ بَيْنِهِ وَبَيْنَ مَنْفَعَتِهِ . وَلَنَا ، أَنْ إِعْتَاقَهُ لَمْ يُصَادِفْ لِلْمُعْتَقِ سِوَى مِلْكِ الرِّقَبَةِ ، فَلَمْ
 يُؤْثِرْ إِلَّا فِيهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِرِقَبَةِ عَبْدٍ^(٢١) وَلَا آخَرَ بِنَفْعِهِ ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الرِّقَبَةِ ، وَكَأَنَّ
 لَوْ أَعْتَقَ أَمَةً مُزَوَّجَةً . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ اقْتَضَى زَوَالَ الْمِلْكِ عَنِ الْمَنْفَعَةِ . قُلْنَا : إِنَّمَا يَقْتَضِي
 ذَلِكَ إِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ^(٢٢) ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً لغيرِهِ فَلَا يَقْتَضِي إِعْتَاقَهُ إِزَالََةَ مَا لَيْسَ
 بِمَوْجُودٍ ، وَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَبْدَ مُسْتَحَقٌّ ، تَبَيَّنَ بَطْلَانُ الصُّلْحِ لِفَسَادِ الْعَوَضِ ، وَرَجَعَ
 الْمُدَّعَى فِيمَا أَقَرَّ لَهُ بِهِ . وَإِنْ وَجَدَ الْعَبْدَ مَعِيًا عِيًّا تَنْقُصُ بِهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسْخُ
 الصُّلْحِ . وَإِنْ صَالَحَ عَلَى الْعَبْدِ بِعَيْنِهِ ، صَحَّ الصُّلْحُ ، وَيَكُونُ بَيْعًا . وَالْحُكْمُ فِيمَا إِذَا
 خَرَجَ مُسْتَحَقًّا أَوْ ظَهَرَ بِهِ غَيْبٌ ، كَمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا ادَّعَى زَرْعًا فِي يَدِ رَجُلٍ ، فَأَقَرَّ لَهُ بِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهُ عَلَى دَرَاهِمَ ، جَازَ
 عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي يَجُوزُ بِهِ بَيْعُ الزَّرْعِ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ . وَإِنْ كَانَ الزَّرْعُ فِي يَدِ
 رَجُلَيْنِ ، فَأَقَرَّ لَهُ أَحَدُهُمَا بِنَصْفِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ اسْتِدَادِ حَبِّهِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ
 صَالَحَهُ عَلَيْهِ بِشَرْطِ التَّبْقِيَةِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ
 كَذَلِكَ . وَإِنْ شَرْطَ الْقَطْعَ لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ قَطْعُهُ إِلَّا بِقَطْعِ زَرْعِ الْآخَرِ . وَلَوْ كَانَ

(٢١) فِي ب : ٥ : عَبْدُهُ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

الزَّرْعُ لَوَاحِدٍ ، فَأَقَرَّ لِلْمُدَّعَى بِنِصْفِهِ ، ثُمَّ صَالَحَهُ عَنْهُ بِنِصْفِ الْأَرْضِ ، لِيَصِيرَ الزَّرْعُ كُلَّهُ لِلْمُقَرَّرِ ، وَالْأَرْضُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، فَإِنْ شَرَطَ الْقَطْعَ جَازًا ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ كُلَّهُ لِلْمُقَرَّرِ ، فَجَازَ شَرَطُ قَطْعِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ فِي الزَّرْعِ مَا لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، وَهُوَ النِّصْفُ الَّذِي لَمْ يُقَرَّرْ بِهِ ، وَهُوَ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي لَهُ ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاؤُ قَطْعِهِ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ قَطْعَ زَرْعٍ آخَرَ فِي أَرْضٍ أُخْرَى . وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْهُ^(٢٣) بِجَمِيعِ الْأَرْضِ بِشَرَطِ الْقَطْعِ لِيُسَلِّمَ الْأَرْضَ إِلَيْهِ فَارِغَةً ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ قَطْعَ جَمِيعِ الزَّرْعِ مُسْتَحَقُّ نِصْفِهِ بِحُكْمِ الصُّلْحِ ، وَالْبَاقِي لِتَفْرِيعِ الْأَرْضِ ، فَأَمَكِنَ الْقَطْعُ . وَإِنْ كَانَ إِقْرَارُهُ بِجَمِيعِ الزَّرْعِ ، فَصَالَحَهُ مِنْ نِصْفِهِ عَلَى نِصْفِ الْأَرْضِ ، لِيَكُونَ الْأَرْضُ / وَالزَّرْعُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَشَرَطَ الْقَطْعَ فِي الْجَمِيعِ ، اخْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ شَرَطَا قَطْعَ كُلِّ الزَّرْعِ وَتَسْلِيمَ الْأَرْضِ فَارِغَةً ، وَاخْتَمَلَ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّ بَاقِيَ الزَّرْعِ لَيْسَ بِمَبِيعٍ ، فَلَا يَصِحُّ شَرَطُ قَطْعِهِ فِي الْعَقْدِ .

٩٧/٤ و

فصل : إِذَا حَصَلَتْ أَغْصَانُ شَجَرَتِهِ فِي هَوَاءٍ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، أَوْ هَوَاءٍ جِدَارٍ لَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ ، أَوْ عَلَى نَفْسِ الْجِدَارِ ، لَزِمَ مَالِكُ الشَّجَرَةِ إِزَالَةَ تِلْكَ الْأَغْصَانِ ، إِمَّا بِرَدِّهَا إِلَى تَاحِيَةِ أُخْرَى ، وَإِمَّا بِالْقَطْعِ ؛ لِأَنَّ الْهَوَاءَ مِلْكٌ لِصَاحِبِ الْقَرَارِ ، فَوَجِبَ إِزَالَةُ مَا يَشْغُلُهُ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ بِالْقَرَارِ . فَإِنْ امْتَنَعَ الْمَالِكُ مِنْ إِزَالَتِهِ ، لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى إِزَالَتِهِ ، كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالِكًا لَهُ^(٢٤) . وَإِنْ تَلَفَ بِهَا شَيْءٌ ، لَمْ يَضْمَنْهُ كَذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَى إِزَالَتِهِ ، وَيَضْمَنَ مَا تَلَفَ بِهِ ، إِذَا أُمِرَ بِإِزَالَتِهِ فَلَمْ يَفْعَلْ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا مَالَ حَاطُّهُ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَعَلَى كَلَا الْوَجْهَيْنِ ، إِذَا امْتَنَعَ مِنْ إِزَالَتِهِ كَانَ لِصَاحِبِ الْهَوَاءِ إِزَالَتُهُ بِأَحَدِ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَهِيمَةِ الَّتِي تَدْخُلُ دَارَهُ ، لَهُ إِخْرَاجُهَا ، كَذَا هُنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . فَإِنْ أَمَكَّنَهُ إِزَالَتُهَا بِلا إِثْلَافٍ وَلَا قَطْعٍ ، مِنْ غَيْرِ مَشَقَّةٍ تَلْزِمُهُ وَلَا غَرَامَةٍ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ إِثْلَافُهَا ، كَمَا أَنَّهُ إِذَا

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « مِنْهُ » .

(٢٤) فِي ب : « مَلِكًا » .

أمكنه إخراج البهيمة من غير إئلاف لم يجز له إئلافها . فإن أثلفها في هذه الحال غرمها ، وإن لم يمكنه إزالتها إلا بالإئلاف ، فله ذلك ، ولا شيء عليه ؛ فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه . فإن صالحة على إقرارها بعوض معلوم ، فاختلف أصحابنا . فقال ابن حامد وابن عقيل : يجوز ذلك رطباً كان الغصن أو يابساً ؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة ، لكونها لا تمنع التسليم ، بخلاف العوض ، فإنه يفتقر إلى العلم ؛ لجوب تسليمه ، ولأن الحاجة داعية إلى الصلح عنه ، لكون ذلك يكثر في الأملاك المتجاورة ، وفي القطع إئلاف وضرر ، والزيادة المتجددة يُعفى عنها ، كالسمن الحادث في المستأجر للرکوب ، والمستأجر للغرفة يتجدد له الأولاد ، والغراس الذي يستأجر له الأرض يعظم ويخف . وقال^(٢٥) أبو الخطاب : لا تصح المصالحة عنه بحال ، رطباً كان أو يابساً ؛ لأن الرطب يزيد ويتغير ، واليابس ينقص ، وربما ذهب كله . وقال القاضي : إن كان يابساً معتمداً على نفس الجدار ، / صحّت المصالحة عنه ؛ لأن الزيادة مأمونة فيه ، ولا يصح الصلح على غير ذلك ؛ لأن الرطب يزيد في كل وقت ، وما لا يعتمد على الجدار ، لا يصح الصلح عليه ؛ لأنه تبع الهواء . وهذا مذهب الشافعي . واللائق بمذهب أحمد صحته ؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيل ، وذلك لدعاء الحاجة إليه ، وكونه لا يحتاج إلى تسليم ، وهذا كذلك . والهواء كالقرار في كونه مملوكاً لصاحبه ، فجاز الصلح على ما فيه ، كالذي في القرار .

فصل : وإن صالحة على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها ، أو بثمرها كله ، فقد نقل المروذي وإسحاق بن إبراهيم ، عن أحمد ، أنه سئل عن ذلك ، فقال : لا أدري . فيحتمل أن يصح . ونحوه قال مكحول ، فإنه نقل عنه أنه قال : أيما شجرة ظللت على قوم ، فهم بالخيار بين قطع ما ظلل ، أو أكل ثمرها . ويحتمل أن لا يصح . وهو قول

(٢٥) سقطت الواو من الأصل ، ١ ، م .

الأكثرين . وإليه ذهب الشافعي ؛ لأن العوض مجهول ، فإن الثمرة مجهولة^(٢٦) ،
وجزؤها مجهول ، ومن شرط الصلح العلم بالعوض ، ولأن المصالح عليه أيضا
مجهول ؛ لأنه يزيد ويتغير على ما أسلفنا . ووجه الأول ، أن هذا مما يكثر في الأملاك ،
وتدعو الحاجة إليه ، وفي القطع إثلاف ، فجاز مع الجهالة ، كالصلح على مجرى مياه
الأمطار ، والصلح على الموارث الدارسة ، والحقوق المجهولة التي لا سبيل إلى علمها ،
ويقوى عندي أن^(٢٧) الصلح ههنا يصح ، بمعنى أن كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل
له ، فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة إبقاءها ، ويمتنع من قطعها وإزالتها ،
وصاحب الشجرة يبيع ما بذل له من ثمرتها ، ولا يكون هذا بمعنى البيع ؛ لأن البيع لا
يصح بمعدوم ولا مجهول ، والثمره في حال الصلح معدومة مجهولة ، ولا هو لازم ، بل
لكل واحد منهما الرجوع عما بذله ، والعود فيما قاله ؛ لأنه مجرد إباحة من كل واحد
منهما لصاحبه ، فجري مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه : اسكن ذاري ، وأسكن
دارك . من غير تقدير مدة ، ولا ذكر شروط الإجارة ، أو قوله : أبحتك الأكل من ثمرة
بستانى ، فأبحتى الأكل من ثمرة بستانك . وكذلك قوله : دعنى أجرى فى أرضك
ماء ، ولك أن تسقى به ما شئت ، وتشرب منه . ونحو ذلك ، فهذا مثله بل أولى ، فإن
هذا مما تدعو الحاجة إليه كثيرا ، وفي إلزام القطع ضرر كبير ، وإثلاف أموال كثيرة ،
وفي الترك من غير نفع يصل إلى صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين
الأمرين ، ونظر للفرقتين ، وهو على وفق الأصول ، فكان أولى .

٩٨/٤ و

فصل : وكذلك الحكم في كل^(٢٨) ما امتد من غروقي شجرة إنسان إلى أرض جاره ،
سواء أثمرت ضررا مثل تأثيرها في المصانع ، وطى الآبار ، وأساس المحيطان أو منعهما من

(٢٦) سقط من : ١ .

(٢٧) سقط من : الأصل ، ١ ، م .

(٢٨) سقط من : ب .

ثَبَاتِ شَجَرٍ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَوْ زَرْعٍ ، أَوْ لَمْ يُؤْتَرْ ؛ فَإِنَّ الْحُكْمَ فِي قَطْعِهِ وَالصُّلْحَ عَلَيْهِ كَالْحُكْمِ فِي الْفُرُوعِ ، إِلَّا أَنْ الْعُرُوقَ لَا ثَمَرَ لَهَا ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ مَا ثَبَتَ مِنْ عُرُوقِهَا لِصَاحِبِ الْأَرْضِ ، أَوْ جُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنْهُ ، فَهُوَ كَالصُّلْحِ عَلَى الثَّمَرِ فِيمَا ذَكَرْنَا ، فَعَلَى قَوْلِنَا ، إِذَا اضْطَلَّحَا عَلَى ذَلِكَ ، فَمَضَتْ مُدَّةٌ ، ثُمَّ أَبَى صَاحِبُ الشَّجَرَةِ دَفْعَ ثَبَاتِهَا إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ ، فَعَلَيْهِ أَجْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَهُ فِي أَرْضِهِ لِهَذَا ، فَلَمَّا لَمْ يُسَلِّمْهُ ^(٢٩) لَهُ ، رَجَعَ بِأَجْرِ الْمِثْلِ ، كَمَا لَوْ بَدَّلَهَا بِعَوَضٍ فَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي مَنْ مَالَ حَائِطُهُ إِلَى هَوَاءٍ مِلْكٍ غَيْرِهِ ، أَوْ ذَلِقَ مِنْ أَخْشَابِهِ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِذَا صَلَّحَهُ عَلَى الْمُؤَجَّلِ بِيَعُضِهِ حَالًا ، لَمْ يَجُزْ ، كَرِهَهُ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عُمَرَ - وَقَالَ : نَهَى عُمَرُ أَنْ تُبَاعَ الْعَيْنُ بِالذَّيْنِ - وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَسَالِمٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَابْنُ عُيَيْنَةَ ، وَهَشِيمٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَإِسْحَاقُ . وَرَوَى عَنْ ^(٣٠) ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٣١) ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِهِ . وَعَنِ الْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ ، أَنَّهُمَا كَانَا لَا يَرَيَانِ بَأْسًا بِالْعُرُوضِ ^(٣٢) يَأْخُذُهَا مِنْ حَقِّهِ قَبْلَ مَحَلِّهِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَبَايَعَا الْعُرُوضَ بِمَا فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهَا بِثَمَنِ مِثْلِهَا . وَلَعَلَّ ابْنَ سِيرِينَ يَحْتَجُّ بِأَنَّ التَّعْجِيلَ جَائِزٌ ، وَالْإِسْقَاطَ وَحْدَهُ جَائِزٌ ، فَجَازَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ فَعَلَا ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَاةٍ ^(٣٣) عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْدُلُ الْقَدْرَ الَّذِي يَحْطُهُ عَوَضًا عَنْ تَعْجِيلٍ مَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَيَبِيعُ الْحُلُولَ وَالتَّأْجِيلَ لَا يَجُوزُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهُ عَشْرَةُ حَالَةً بَعِثَرِينَ مُؤَجَّلَةً ، وَلِأَنَّهُ يَبِيعُهُ عَشْرَةَ بَعِثَرِينَ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مَعِيَّةً ، وَيُفَارِقُ مَا إِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِ مُوَاطَاةٍ وَلَا عَقْدٍ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ / مِنْهُمَا مُتَبَرِّعٌ بِبَدْلِ حَقِّهِ مِنْ غَيْرِ

(٢٩) فِي ب : « يَسْلَمُ » .

(٣٠ - ٣١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣١) فِي أ ، ب ، م زِيَادَةٌ : « أَنْ » .

(٣٢) فِي م : « وَطَاةٌ » .

عَوْضٍ . وَلَا يَلْزَمُ مِنْ جَوَازِ ذَلِكَ جَوَازُهُ فِي الْعَقْدِ ، أَوْ مَعَ الشَّرْطِ ^(٣٣) كَبَيْعِ ^(٣٤) دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ ^(٣٥) . وَيُفَارِقُ مَا إِذَا اشْتَرَى الْعُرُوضَ بِشَمَنِ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْخُذْ عَنِ الْحُلُولِ عَوْضًا . فَأَمَّا إِنْ صَالَحَهُ عَنِ الْإِسْقَاطِ ^(٣٦) حَالَةً ^(٣٧) ، فَبَيْنَ صَالِحِهِ مُوجِبًا ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ اخْتِيَارًا مِنْهُ ، وَتَبَرُّعًا بِهِ ، صَحَّ الْإِسْقَاطُ ، وَلَمْ يَلْزَمْ التَّأْجِيلُ ؛ لِأَنَّ الْحَالَ لَا يَتَأَجَّلُ بِالتَّأْجِيلِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيهِمَا مَضَى ، وَالْإِسْقَاطُ صَحِيحٌ . وَإِنْ فَعَلَهُ لِمَنْعِهِ مِنْ حَقِّهِ بَدْوِيهِ ، أَوْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْوَفَاءِ ، لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ أَيْضًا . عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَابِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي هَذَا رَوَايَتَيْنِ ، أَصَحُّهُمَا لَا يَصِحُّ . وَمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ أَوَّلَى ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ ، سَوَاءً كَانَ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا ، إِذَا كَانَ مِمَّا لَا سَبِيلَ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الرَّجُلِ يُصَالِحُ عَلَى ^(٣٨) الشَّيْءِ ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ أَكْثَرُ مِنْهُ ، لَمْ يَجْزُ إِلَّا أَنْ يُوقِفَهُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَجْهُولًا لَا يَدْرِي مَا هُوَ ، وَنَقَلَ عَنْهُ عَبْدُ اللَّهِ ، إِذَا اخْتَلَطَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ بِقَفِيزِ شَعِيرٍ ، وَطُحِنَا ، فَإِنْ عَرَفَ قِيَمَةَ دَقِيقِ الْحِنْطَةِ وَدَقِيقِ الشَّعِيرِ ، بَيْعَ هَذَا ، وَأَعْطَى كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيَمَةَ مَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَى شَيْءٍ وَيَتَحَالَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : الصُّلْحُ الْجَائِزُ هُوَ صُلْحُ الزَّوْجَةِ مِنْ صَدَاقِهَا الَّذِي لَا بَيِّنَةَ لَهَا بِهِ ، وَلَا عَلِمَ لَهَا ، وَلَا لِلزَّوْجَةِ بِمَبْلَغِهِ ، وَكَذَلِكَ الرَّجُلَانِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا الْمُعَامَلَةُ وَالْحِسَابُ الَّذِي قَدْ مَضَى عَلَيْهِ الزَّمَانُ الطَّوِيلُ ، لَا عَلِمَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا عَلَيْهِ لِصَاحِبِهِ ، فَيَجُوزُ الصُّلْحُ بَيْنَهُمَا ، وَكَذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ لَا عَلِمَ لَهُ بِقَدَرِهِ ، جَازَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَيْهِ ، وَسَوَاءً كَانَ صَاحِبُ الْحَقِّ يَعْلَمُ قَدْرَ حَقِّهِ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ ، أَوْ لَا عَلِمَ لَهُ . وَيَقُولُ الْقَابِضُ : إِنْ كَانَ لِي عَلَيْكَ حَقٌّ فَأَنْتَ فِي حِلٍّ مِنْهُ ^(٣٩) . وَيَقُولُ الدَّافِعُ : إِنْ كُنْتُ أَخَذْتُ مِنْكَ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّكَ فَأَنْتَ مِنْهُ فِي حِلٍّ .

(٣٣) فِي ١ ، م : « الشَّرْكَة » .

(٣٤-٣٥) فِي م : « دِرْهَمَيْنِ » .

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « حَال » .

(٣٦) فِي ب : « عَنْ » .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ : ١ .

وقال الشافعي : لا يصح الصلح على مجهول ؛ لأنه فرع البيع ، ولا يصح البيع على مجهول . ولنا ، ما روى عن النبي ﷺ ، أنه قال في رجلين اختصما في موارث درست : « استهما ، وتواخيا ، وليحلل أحكما صاحبه »^(٣٨) . وهذا صلح على المجهول . ولأنه إسقاط حق ، فصح في المجهول ، كالعتاق والطلاق ، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم ، وإمكان أداء الحق بعينه ، فلا يصح مع الجهل أولى ، وذلك لأنه إذا كان معلوما / فلهما طريق إلى التخلص ، وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ، ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجز^(٣٩) الصلح أفضى إلى ضياع المال ، على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه^(٤٠) . ولا نسلم كونه بيعا ، ولا فرع بيع ، وإنما هو إبراء . وإن سلمنا كونه بيعا ، فإنه يصح في المجهول عند الحاجة ، بدليل بيع أساسات الحيطان ، وطى الآبار ، ومأكله في جوفه ، ولو أثلف رجل صبرة طعام لا^(٤١) يعلم قدرها ، فقال صاحب الطعام لمتلفه : بعثك الطعام الذى فى ذمتك^(٤٢) بهذه الدراهم^(٤٣) ، أو بهذا الثوب . صح . إذا ثبت هذا ، فإن كان العوض فى الصلح ممّا لا يحتاج إلى تسليمه ، ولا سبيل إلى معرفته ، كالمختصمين فى موارث دارسة ، وحقوق سالفية ، أو عيّن من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها ، صح الصلح مع الجهالة من الجانبين ؛ لما ذكرناه من الخبر والمعنى . وإن كان ممّا يحتاج إلى تسليمه ، لم يجز مع الجهالة ، ولا بدّ من كونه معلوما ؛ لأن تسليمه واجب ، والجهالة تمنع التسليم ، وتفضى إلى التنازع ، فلا يحصل مقصود الصلح .

فصل : فأما ما يمكنهما معرفته ، كتركة موجودة ، أو يعلمه الذى هو عليه ، ويجهله صاحبه ، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل . قال أحمد : إن صولحت امرأة من

(٣٨) تقدم تخريجه فى ٦ / ٢٦٥ .

(٣٩) فى الأصل ، م : « يجز » .

(٤٠) سقط من : ب .

(٤١) فى ب : « ولا » .

(٤٢-٤٣) فى ب : « بهذا الدرهم » .

ثُمَّنِهَا ، لَمْ يَصِحَّ . وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ شُرَيْحٍ : أَيُّمَا امْرَأَةٍ صَوْلَحْتُ مِنْ ثَمْنِهَا ، لَمْ يَتَبَيَّنْ لَهَا مَا تَرَكَ زَوْجُهَا ، فَهِيَ الرِّبِّيَّةُ كُلُّهَا . قَالَ : وَإِنْ وَرِثَ قَوْمٌ مَالًا وَدُورًا وَغَيْرَ ذَلِكَ ، فَقَالُوا لِبَعْضِهِمْ : نُخْرِجُكَ مِنَ الْمِيرَاثِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ . أَكْرَهُ^(٤٣) ذَلِكَ ، وَلَا يُشْتَرَى مِنْهَا شَيْءٌ ، وَهِيَ لَا تَعْلَمُ ، لَعَلَّهَا تَظُنُّ أَنَّهُ قَلِيلٌ ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ كَثِيرٌ ، وَلَا يَشْتَرِي حَتَّى تَعْرِفَهُ وَتَعْلَمَ مَا هُوَ ، وَإِنَّمَا يُصَالِحُ الرَّجُلُ الرَّجُلَ عَلَى الشَّيْءِ لَا يَعْرِفُهُ ، وَلَا يَدْرِي مَا هُوَ حِسَابُ بَيْنَهُمَا ، فَيُصَالِحُهُ ، أَوْ يَكُونُ رَجُلٌ يَعْلَمُ مَالَهُ عَلَى رَجُلٍ ، وَالْآخَرُ لَا يَعْلَمُهُ فَيُصَالِحُهُ ، فَأَمَّا إِذَا عِلِمَ فَلَمْ يُصَالِحْهُ ؟ إِنَّمَا يُرِيدُ أَنْ^(٤٤) يَهْضِمَ حَقَّهُ^(٤٥) وَيَذْهَبَ بِهِ^(٤٦) . وَذَلِكَ لِأَنَّ الصُّلْحَ إِنَّمَا جَازَ مَعَ الْجَهَالَةِ ، لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ لِإِبْرَاءِ الذَّمِّ ، وَإِزَالَةِ الْخِصَامِ^(٤٧) ، فَمَعَ إِمْكَانِ الْعِلْمِ لَا حَاجَةَ إِلَى الصُّلْحِ مَعَ الْجَهَالَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ كَالْبَيْعِ .

فصل : وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنْ كُلِّ مَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ / سِوَاءَ كَانَ مِمَّا يَجُوزُ بَيْعُهُ أَوْ لَا يَجُوزُ ، فَيَصِحُّ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، وَسُكْنَى الدَّارِ ، وَعَيْبِ الْمَبِيعِ . وَتَمَتَّى صَالِحَ عَمَّا يُوجِبُ الْقِصَاصَ بِأَكْثَرٍ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ أَقَلِّ ، جَازَ . وَقَدْ رَوَى أَنَّ الْحَسَنَ وَالْحُسَيْنَ^(٤٧) وَسَعِيدَ ابْنِ الْعَاصِ بَذَلُوا لِلَّذِي وَجِبَ لَهُ الْقِصَاصُ عَلَى هُدْبَةَ بْنِ خَشْرَمٍ^(٤٨) سَبْعَ دِيَّاتٍ ، فَأَبَى أَنْ يَقْبَلَهَا . وَلِأَنَّ الْمَالَ غَيْرُ مُتَعَيَّنٍ ، فَلَا يَقَعُ الْعَوَضُ فِي مُقَابَلَتِهِ . فَأَمَّا إِنْ صَالَحَ عَنْ قَتْلِ الْخَطَا بِأَكْثَرٍ مِنْ دِيَّتِهِ مِنْ جَنْسِهَا ، لَمْ يَجُزْ . وَكَذَلِكَ لَوْ أَتْلَفَ عَبْدًا أَوْ شَيْئًا غَيْرَهُ ، فَصَالَحَ عَنْهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ مِنْ جَنْسِهَا ، لَمْ يَجُزْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ عَوَضًا عَنِ الْمُتْلَفِ ، فَجَازَ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِذَلِكَ .

ظ ٩٩/٤

(٤٣) أَى قَالَ : أَكْرَهُ ذَلِكَ .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٤٥-٤٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٦) فِي ب : « الْخِصَامِ » .

(٤٧) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

(٤٨) هُدْبَةُ بْنُ خَشْرَمٍ بَنُ كُرْزٍ ، مِنْ بَادِيَةِ الْحِجَازِ ، شَاعِرٌ فَصِيحٌ مَرْتَجِلٌ ، وَكَانَ رَاوِيَةَ الْخَطِيئَةِ ، قَتَلَ رَجُلًا مِنْ بَنِي رِقَاشٍ ، فِي خَيْرِ طَوِيلٍ ، قَتَلَ نَحْوَ سِتَّةِ خَمْسِينَ لِلْهَجْرَةِ . انْظُرِ الْأَعْلَامَ ٩ / ٦٩ ، ٧٠ .

ولنا ، أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة ، فلم يَجُزْ أن يُصَالِحَ عنها بأكثر منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع ، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها ، فيكون أكل مال بالباطل . فأما إن صالحه على غير جنسها ، بأكثر قيمة منها ، جاز ؛ لأنه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل .

فصل : ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالإتلاف ، بمائة موجهة ، لم يَجُزْ ، وكانت حالة . وهذا قال الشافعي . وعن أحمد : يجوز . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه عاوض عن المتلف بمائة موجهة ، فعجاز ، كما لو باعه إيائه . ولنا ، أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف ، وهو مائة حالة ، والحال لا يتأجل بالتأجيل ، وإن جعلناه بيعا فهو بيع دين بدين ، وبيع الدين بالدين غير جائز .

فصل : ولو صالح عن القصاص بعبد ، فخرج مستحقا ، رجع بقيمته في قولهم جميعا . وإن خرج حرا فذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يرجع بالدية ؛ لأن الصلح فاسد ، فيرجع^(٤٩) ببذل ما صالح عنه ، وهو الدية . ولنا ، أنه تعذر تسليم ما جعله عوضا ، فرجع في قيمته ، كما لو خرج مستحقا .

فصل : ولو صالح عن دار أو عبد بعوض ، فوجد العوض مستحقا أو حرا ، رجع في الدار وما صالح عنه ، وبقيمته إن كان تالفا ؛ لأن الصلح ههنا بيع في الحقيقة ، فإذا تبين أن العوض كان مستحقا أو حرا كان البيع فاسدا ، فرجع فيما كان له ، / بخلاف ١٠٠/٤ الصلح عن القصاص ، فإنه ليس ببيع ، وإنما يأخذ عوضا عن إسقاط القصاص . ولو اشترى شيئا فوجده معيبا ، فصالحه^(٥٠) عن عيبه^(٥١) بعبد ، فبان مستحقا أو حرا ، رجع بأرض العيب . ولو كان البائع امرأة ، فزوجته نفسها عوضا عن أرض العيب ، فزال العيب رجعت بأرضه ، لا بمهر المثل ؛ لأنها رضيته ذلك مهرا لها .

(٤٩) في الأصل ، ا ، م : ٥ : فرجع .

(٥٠-٥١) في ا ، م : ٥ : عنه .

فصل : ولو صَلَّحَهُ عن الْقِصَاصِ^(٥١) بِحُرٍّ يَعْلَمَانِ حُرِّيَّتَهُ أَوْ عَبْدٍ يَعْلَمَانِ أَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ ، أَوْ تَصَالَحَا بِذَلِكَ عن غير الْقِصَاصِ ، رَجَعَ بِالذِّبَةِ ، وبمَا صَلَّحَ عنه ؛ لأنَّ الصِّلْحَ هُنَا بَاطِلٌ يَعْلَمَانِ بَطْلَانَهُ ، فكان وجودُهُ كَعَدَمِهِ .

فصل : إذا صَلَّحَ رَجُلًا على مَوْضِعٍ قَنَاءٍ من أَرْضِهِ يَجْرِي فِيهَا مَاءٌ ، وَبَيْنَا مَوْضِعَهَا وَعَرْضُهَا وَطُولُهَا ، جَازَ ؛ لأنَّ ذَلِكَ يَتَّبِعُ لِمَوْضِعٍ^(٥٢) من أَرْضِهِ ، ولا حَاجَةَ إلى بَيَانِ عُمُقِهِ ؛ لأنَّهُ إذا مَلَكَ المَوْضِعَ كان له إلى ثُخُومِهِ ، فله أن يَتْرَكَ فِيهِ ما شاء . وإن صَلَّحَهُ^(٥٣) على إِجْرَاءِ المَاءِ فِي سَاقِيَةٍ من أَرْضِ رَبِّ الأَرْضِ ، مع بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ، فهذا إِجَارَةٌ لِلأَرْضِ ، فَيُسْتَرْطُ تَقْدِيرُ المُدَّةِ ؛ لأنَّ هَذَا شَأْنُ الإِجَارَةِ . فإن كَانَتِ الأَرْضُ فِي يَدِ رَجُلٍ بِإِجَارَةٍ ، جَازَ له أن يُصَالِحَ رَجُلًا على إِجْرَاءِ المَاءِ فِيهَا فِي سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ مُدَّةً لا تُجَاوِزُ مُدَّةَ إِجَارَتِهِ . وإن لم تكن السَّاقِيَةُ مَحْفُورَةً لم يَجُزْ أن يُصَالِحَهُ على ذَلِكَ ؛ لأنَّهُ لا يَجُوزُ إِحْدَاثُ سَاقِيَةٍ فِي أَرْضٍ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ . فأما إن كَانَتِ الأَرْضُ فِي يَدِهِ وَقَفًا عَلَيْهِ ، فقال القَاضِي : هو كَالْمُسْتَأْجِرِ ، له أن يُصَالِحَ على إِجْرَاءِ المَاءِ فِي سَاقِيَةٍ مَحْفُورَةٍ فِي مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وليس له أن يَحْفِرَ فِيهَا سَاقِيَةً ؛ لأنَّهُ لا يَمْلِكُهَا ، إِنَّمَا يَسْتَوْفِي مَنَفْعَتَهَا ، كالأَرْضِ المُسْتَأْجَرَةِ سِوَاءٍ . وهذا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . والأوَّلَى أَنَّهُ يَجُوزُ له حَفْرُ السَّاقِيَةِ ؛ لأنَّ الأَرْضَ له ، وله التَّصَرُّفُ فِيهَا كَيْفَمَا شَاءَ ، ما لم يَنْقُلِ المِلْكَ فِيهَا إلى غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ المُسْتَأْجِرِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَتَصَرَّفُ فِيهَا بِمَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ، فكان المَوْقُوفُ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ المُسْتَأْجِرِ إِذَا أُذِنَ لَهُ فِي الحَفْرِ ، فإن مَاتَ المَوْقُوفُ عَلَيْهِ فِي أَثْنَاءِ المُدَّةِ ، فهل لِمَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَسَخُ الصِّلْحِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ المُدَّةِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على ما إِذَا آجَرَهُ مُدَّةً ، فمَاتَ فِي أَثْنَائِهَا . فإن قُلْنَا : له فَسَخُ الصِّلْحِ . ففَسَخَهُ ، رَجَعَ المُصَالِحُ على وَرَثَةِ الذِي صَلَّحَهُ / بِقِسْطِ ما بَقِيَ مِنَ المُدَّةِ . وإن قُلْنَا : ليس له الفَسْخُ . رَجَعَ مَنْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ الوَقْفُ على الوَرَثَةِ .

(٥١) في ب ، م زيادة : « من » .

(٥٢) في ا ، م : « موضع » .

(٥٣) سقط من : ا ، م .

فصل : وإن صَلَّحَ رَجُلًا عَلَى إِجْرَاءِ مَاءِ سَطْحِهِ مِنَ الْمَطَرِ عَلَى سَطْحِهِ ، ^(٥٤) أَوْ فِي أَرْضِهِ عَنْ سَطْحِهِ ^(٥٥) ، أَوْ فِي أَرْضِهِ عَنْ أَرْضِهِ ، جَازَ ، إِذَا كَانَ مَا يَجْرِي مَائِهِ ^(٥٥) مَعْلُومًا ، إِمَّا بِالشَّاهِدَةِ ، وَإِمَّا بِمَعْرِفَةِ الْمِسَاحَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَخْتَلِفُ بِصِغَرِ السَّطْحِ وَكِبَرِهِ . وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بغيرِ ذَلِكَ . وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَجْرِي ^(٥٦) مِنْهُ الْمَاءُ إِلَى السَّطْحِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ . وَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى ذِكْرِ مُدَّةٍ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى هَذَا ، وَيَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَى الْمَنْفَعَةِ فِي مَوْضِعِ الْحَاجَةِ غَيْرِ مُقَدَّرٍ ، كَمَا فِي التَّكَاجِ ، وَلَا يَمْلِكُ صَاحِبُ الْمَاءِ مَجْرَاهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا يَسْتَوْفِي بِهِ مَنَافِعَ الْمَجْرَى دَائِمًا ^(٥٧) ، وَلَا ^(٥٨) فِي أَكْثَرِ الْمُدَّةِ ، بِخِلَافِ السَّاقِيَةِ ، وَيَخْتَلِفَانِ أَيْضًا ^(٥٩) فِي أَنَّ الْمَاءَ الَّذِي فِي السَّاقِيَةِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَا يُقَدَّرُ بِهِ ؛ لِأَنَّ تَقْدِيرَ ذَلِكَ حَصَلَ بِتَقْدِيرِ السَّاقِيَةِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُجْرِيَ فِيهَا أَكْثَرَ مِنْ مَائِهَا ، وَالْمَاءُ الَّذِي عَلَى السَّطْحِ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ السَّطْحِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي مِنْهُ الْقَلِيلُ وَالكَثِيرُ . وَإِنْ كَانَ السَّطْحُ الَّذِي يَجْرِي عَلَيْهِ الْمَاءُ مُسْتَأْجَرًا ، أَوْ عَارِيَّةً مَعَ إِنْسَانٍ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يُصَالِحَ عَلَى إِجْرَاءِ الْمَاءِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، وَلَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِيهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِهِ ، بِخِلَافِ الْمَاءِ فِي السَّاقِيَةِ الْمُخْفُورَةِ ، فَإِنَّ الْأَرْضَ لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ . وَإِنْ كَانَ مَاءُ السَّطْحِ يَجْرِي عَلَى أَرْضٍ ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ لَهُ الصُّلْحُ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ اخْتَجَّ إِلَى حَفْرِ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَحْفِرَ أَرْضَ غَيْرِهِ ، وَلَئِنْ يَجْعَلُ لِغَيْرِ صَاحِبِ الْأَرْضِ رَسْمًا ، فَرُبَّمَا ادَّعَى اسْتِحْقَاقَ ذَلِكَ عَلَى صَاحِبِهَا . وَاخْتَمَلَ الْجَوَازُ إِذَا لَمْ يَحْتَجْ إِلَى حَفْرِ ، وَلَمْ تَكُنْ فِيهِ مَضَرَّةٌ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي سَاقِيَةٍ مُخْفُورَةٍ . وَلَا يَجُوزُ إِلَّا مُدَّةٌ لَا تَزِيدُ عَلَى مُدَّةِ إِجَارَتِهِ ، كَمَا قُلْنَا فِي إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي السَّاقِيَةِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٥٤-٥٥) سقط من : الأصل .

(٥٥) في ١ ، م : « ماء » .

(٥٦) في ب : « يخرج » .

(٥٧) سقط من : م .

(٥٨) في م : « ولا المدة » .

(٥٩) سقط من : م .

فصل : وإذا أَرَادَ أَنْ يُجْرِيَ مَاءٌ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لغيرِ ضَرُورَةٍ ، لم يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وإن كان لِضَرُورَةٍ ، مثلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَرْضٌ لِلزَّرَاعَةِ ، لها ماءٌ لا طَرِيقَ لَهُ إِلَّا أَرْضُ جَارِهِ ، فهل له ذلك ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، إحداهما ، ^(٦٠) لا يَجُوزُ ^(٦١) ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو لم تَدْعُ إِلَيْهِ ضَرُورَةٌ ، ولأنَّ مثلَ هذه الحَاجَةِ لا تُبَيِّحُ مَالَ غَيْرِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لَهُ ^(٦٢) الزَّرْعُ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، ولا البِنَاءُ فِيهَا ، ولا الِاتِّفَاعُ ^(٦٣) بِشَيْءٍ / من مَنَافِعِهَا الْمُحَرَّمَةِ عَلَيْهِ قَبْلَ هذه الحَاجَةِ . والأُخْرَى يَجُوزُ ؛ لما رَوَى أَنَّ الضَّحَّاكَ بنَ خَلِيفَةَ سَاقِ خَلِيجًا مِنَ العَرِضِ ^(٦٤) ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، فَأَبَى ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكَ : لِمَ تَمْنَعُنِي وَهُوَ مَنفَعَةٌ لَكَ ، تَشْرِبُهُ أَوَّلًا وَآخِرًا ، وَلَا يَضُرُّكَ ؟ فَأَبَى مُحَمَّدٌ ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكَ عُمَرَ ، فَدَعَا مُحَمَّدُ بنَ مَسْلَمَةَ ، وَأَمَرَهُ أَنْ يُخْلِيَ سَبِيلَهُ . فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا وَاللَّهِ . فَقَالَ لَهُ عُمَرُ ^(٦٥) : لِمَ تَمْنَعُ أَحَاكَ ^(٦٥) مَا يَنْفَعُهُ ^(٦٥) ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ ، تَشْرِبُهُ أَوَّلًا وَآخِرًا ؟ فَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا وَاللَّهِ . فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ . فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ ، فَفَعَلَهُ ^(٦٦) . رَوَاهُ مَالِكٌ فِي « مُوطَأِهِ » ^(٦٧) ، وَسَعِيدٌ فِي « سُنَنِهِ » . وَالأَوَّلُ أَقْبَسُ ، وَقَوْلُ عُمَرَ يُخَالِفُهُ قَوْلُ مُحَمَّدِ بنِ مَسْلَمَةَ ، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِلأَصُولِ ، فَكَانَ أَوْلَى .

فصل : وَإِنْ صَالَحَ رَجُلًا عَلَى أَنْ يَسْقِيَ أَرْضَهُ مِنْ نَهْرِ الرَّجُلِ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ ، أَوْ مِنْ عَيْنِهِ ، وَقَدَرَهُ بِشَيْءٍ يُعْلَمُ بِهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَلَا يَجُوزُ الصَّلْحُ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ مَجْهُولٌ . قَالَ : وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى سَهْمٍ مِنَ الْعَيْنِ أَوْ

(٦٠-٦١) سقط من : ب ، م . وورد في نهاية المسألة في م : قبل قوله : « والأخرى » الآتى .

(٦١) سقط من : أ ، ب ، م .

(٦٢) في م : « الامتناع » تحريف .

(٦٣) العريض : وادى المدينة ، معجم البلدان ٣ / ٦٦١ .

(٦٤) سقط من : م .

(٦٥-٦٥) في الأصل ، أ : « منفعة » .

(٦٦) في أ ، ب ، م : « ففعل » .

(٦٧) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في المرفق ، من كتاب الأفضية . الموطأ ٢ / ٧٤٦ .

النَّهْرِ كَالثُلُثِ أَوْ الرَّبْعِ ، جَازَ ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا لِلْقَرَارِ ، وَالْمَاءُ تَابِعٌ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ الصُّلْحُ عَلَى السَّقْيِ مِنْ نَهْرِهِ وَقَنَاتِهِ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، وَالْمَاءُ مِمَّا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ فِي الْجُمْلَةِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَخَذَهُ فِي قَرْبَتِهِ أَوْ إِنَائِهِ ، وَيَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ؛ بِدَلِيلِ الصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمِدِ وَأَشْبَاهِهِ ، وَالصُّلْحُ عَلَى الْمَجْهُولِ^(٦٨) .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ، مِثْلُ أَنْ يُصَالِحَ امْرَأَةً لِتُقَرَّرَ لَهُ^(٦٩) بِالزَّوْجِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ صُلْحٌ يُحِلُّ حَرَامًا ، وَلِأَنَّهَا لَوْ أَرَادَتْ بِذَلِكَ نَفْسَهَا بِعَوَضٍ لَمْ يَجُزْ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ عَوَضًا عَنْ هَذِهِ الدَّعْوَى لِيَكْفَ عَنْهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ فِي الْإِنْكَارِ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَقِّ الْمُنْكَرِ لِإِفْتِدَاءِ الْيَمِينِ ، وَهَذِهِ لَا يَمِينَ عَلَيْهَا ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى بِأَخْذِ الْعَوَضِ فِي مُقَابَلَةِ حَقِّهِ الَّذِي يَدَّعِيهِ ، وَخُرُوجِ الْبُضْعِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ لَا قِيمَةَ لَهُ ، وَإِنَّمَا أُجِيزَ الْخُلْعُ لِلْحَاجَةِ إِلَى افْتِدَاءِ نَفْسِهَا . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ وَابْنُ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى / يَأْخُذُ عَوَضًا عَنْ حَقِّهِ مِنَ النِّكَاحِ ، فَجَازَ كَعَوَضِ الْخُلْعِ ، وَالْمَرْأَةُ تَبْذُلُهُ لِقَطْعِ خُصُومَتِهِ وَإِزَالَةِ شَرِّهِ ، وَرُبَّمَا تَوَجَّهَتْ الْيَمِينُ عَلَيْهَا لَكَوْنِ الْحَاكِمِ يَرَى ذَلِكَ ،^(٧٠) أَوْ لِأَنَّهَا مَشْرُوعَةٌ فِي حَقِّهَا فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ^(٧١) ، وَمَتَى صَالَحَتْهُ عَلَى ذَلِكَ ، ثُمَّ^(٧٢) ثَبَّتَتْ الزَّوْجِيَّةَ بِإِقْرَارِهَا أَوْ بَيِّنَةٍ ، فَإِنْ قُلْنَا : الصُّلْحُ بَاطِلٌ . فَالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الزَّوْجِ طَلَاقٌ وَلَا خُلْعٌ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ صَحِيحٌ . اخْتَمَلَ ذَلِكَ أَيْضًا ؛^(٧٣) لِذَلِكَ ، وَاخْتَمَلَ^(٧٢) أَنْ تَبَيَّنَ مِنْهُ بِأَخْذِ الْعَوَضِ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْعَوَضَ عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ نِكَاحِهَا ، فَكَانَ خُلْعًا ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ فَخَالَعَهَا^(٧٣) . وَلَوْ ادَّعَتْ أَنْ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، فَصَالَحَهَا عَلَى مَالٍ لِنَزْلِ عَنْ

١٠١/٤ ظ

(٦٨) فِي ب زِيَادَةً : « عَوَضًا بِالْأَصْلِ » .

(٦٩) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٧٠ - ٧١) سَقَطَ مِنْ : ب ، وَفِي : أ ، م : « وَلِأَنَّهَا » مَكَانَ : « أَوْ لِأَنَّهَا » .

(٧١) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧٢ - ٧٣) فِي : أ ، ب ، م : « وَلِذَلِكَ اخْتَمَلَ » .

(٧٣) فِي ب مَكَانَ هَذَا : « أَوْ لِأَنَّهَا مَشْرُوعَةٌ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ » .

دَعَاها ، لم يَجْز ؛ لَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهَا بَذْلُ نَفْسِهَا لِطُلُقِهَا بِعَوَضٍ وَلَا بَغِيرِهِ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ مَالًا لِيُقَرَّ بِطُلُقِهَا ، لم يَجْز ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ يَجُوزُ ، كَمَا لَوْ بَذَلَتْ لَهُ عَوَضًا لِيُطْلَقَهَا ثَلَاثًا .

فصل : وَإِنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ ، فَأُنْكَرَهُ ، فَصَالَحَهُ عَلَى مَالٍ لِيُقَرَّ لَهُ بِالْعُبُودِيَّةِ ، لم يَجْز ؛ لَأَنَّهُ يُحِلُّ حَرَامًا ، فَإِنْ إِرْقَاقَ الْحُرِّ نَفْسَهُ لَا يَحِلُّ بِعَوَضٍ وَلَا بَغِيرِهِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَالًا صَلَاحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَعْتَقَ عَبْدَهُ بِمَالٍ ، وَيُشْرَعَ لِلدَّفْعِ^(٧٤) لِدَفْعِ الْيَمِينِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِ ، وَالْخُصُومَةِ الْمُتَوَجِّهَةِ إِلَيْهِ . وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَلْفًا ، فَأُنْكَرَهُ ، فَدَفَعَ إِلَيْهِ شَيْئًا لِيُقَرَّ لَهُ بِالْأَلْفِ ، لم يَصِحَّ . فَإِنْ أَقَرَّ لَزِمَهُ مَا أَقَرَّ بِهِ ، وَيَرُدُّ مَا أَخَذَهُ ؛ لَأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِإِقْرَارِهِ كَذِبُهُ فِي إِنْكَارِهِ ، وَأَنَّ الْأَلْفَ عَلَيْهِ ، فَيَلْزِمُهُ أَدَاؤُهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَنْ آدَاءِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمُنْكَرُ مَالًا صَلَاحًا عَنْ دَعْوَاهُ ، صَحَّ . وَقَدْ مَضَى ذِكْرُهُ .

فصل : وَلَوْ صَالَحَ شَاهِدًا عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ ، لم يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَحُلُو مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِحَقِّ تَلْزِمِ الشَّهَادَةِ بِهِ ، كَذَيْنِ آدَمِيٍّ^(٧٥) ، أَوْ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ ، كَالزَّكَاءِ وَنَحْوِهَا ، فَلَا يَجُوزُ كِتْمَانُهُ ، وَلَا يَجُوزُ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَا يَجُوزُ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَلَى شُرْبِ الْخَمْرِ وَتَرْكِ الصَّلَاةِ . الثَّانِي ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِالزُّورِ . فَهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ ذَلِكَ ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ فِعْلُهُ / ، فَلَا يَجُوزُ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَقْتُلَهُ وَلَا يَعْصِبَ مَالَهُ . الثَّالِثُ ، أَنْ يُصَالِحَهُ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدَ عَلَيْهِ بِمَا يُوجِبُ حَدًّا ، كَالزَّنا وَالسَّرِقَةِ ، فَلَا يَجُوزُ اخْتِذُ الْعَوَضِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَقِّ لَهُ ، فَلَمْ يَجْزْ لَهُ اخْتِذُ عَوَضِهِ ، كَسَائِرِ مَا لَيْسَ بِحَقِّ لَهُ . وَلَوْ صَالَحَ السَّارِقَ وَالزَّانِيَ وَالشَّارِبَ بِمَالٍ ، عَلَى أَنْ لَا يَرْفَعَهُ إِلَى

(٧٤) سَقَطَ مِنْ : ١ .

(٧٥) فِي ب : « لَأَدَمِي » .

السُّلْطَانِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ لذلك ، ولم يَجُزْ له أَخْذُ الْعَوْضِ . وإن صَلَّحَهُ عَنْ حَدِّ الْقَذْفِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لَأَنَّهُ إِنْ كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى ، لم يَكُنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ عَوْضَهُ ، لِكَوْنِهِ لَيْسَ بِحَقٍّ لَهُ ، فَأَشْبَهَ حَدَّ الزُّنَى وَالسَّرِقَةِ ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا لَهُ ، لم يَجُزْ الْاِغْتِيَاضُ عَنْهُ ، لِكَوْنِهِ حَقًّا لَيْسَ بِمَالِيٍّ ، وَهَذَا لَا يَسْقُطُ إِلَى بَدَلٍ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ ، وَلَأَنَّهُ شُرْعٌ لِتَنْزِيهِ الْعِرْضِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَغْتَاضَ عَنْ عِرْضِهِ بِمَالٍ . وَهَلْ يَسْقُطُ الْحَدُّ بِالصُّلْحِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي كَوْنِهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، أَوْ حَقًّا لَادِمِيٍّ ؛ فَإِنْ كَانَ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى ، لم يَسْقُطْ بِصُلْحِ الْآدِمِيِّ وَلَا إِسْقَاطِهِ ، كَحَدِّ الزُّنَى وَالسَّرِقَةِ ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا لَادِمِيٍّ ، سَقَطَ بِصُلْحِهِ وَإِسْقَاطِهِ ، مِثْلَ الْقِصَاصِ . وَإِنْ صَلَّحَ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ ، لم يَصِحَّ الصُّلْحُ ؛ لَأَنَّهُ حَقٌّ شُرْعٌ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِالْإِتِمَامِ الضَّرَرِ ، سَقَطَ الْحَقُّ مِنْ غَيْرِ بَدَلٍ ، كَحَدِّ الْقَذْفِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَسْقُطُ هَهُنَا وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِكَوْنِهِ حَقًّا لَادِمِيٍّ .

فصل : ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا ؛ وهو الرُّوشَنُ يَكُونُ عَلَى أَطْرَافِ نَحْشَبَةِ مَدْفُوعَةٍ فِي الْحَائِطِ ، وَأَطْرَافُهَا خَارِجَةٌ فِي الطَّرِيقِ ، سَوَاءٌ كَانَ ذَلِكَ يَضُرُّ فِي الْعَادَةِ بِالْمَارَةِ أَوْ لَا يَضُرُّ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْمَلَ^(٧٦) عَلَيْهَا سَابَاطًا^(٧٧) بِطَرِيقِ الْأُولَى ، وَهُوَ الْمُسْتَوْفَى لِهَوَاءِ الطَّرِيقِ كُلِّهِ عَلَى حَائِطَيْنِ ، سَوَاءٌ كَانَ الْحَائِطَانِ مِلْكَهُ أَوْ لَمْ يَكُونَا ، وَسَوَاءٌ أَذِنَ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَأْذَنْ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ جَازٍ بِأَذْنِ الْإِمَامِ ؛ لَأَنَّهُ نَائِبُهُمْ ، فَجَرَى إِذْنُهُ مَجْرَى إِذْنِ الْمُشْتَرِكِينَ فِي الدَّرَبِ الَّذِي لَيْسَ بِنَافِذٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ مَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، وَإِنْ عَارَضَهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَجَبَ قَلْعُهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ : يَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمَارَةِ ، / وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ مَنَعَهُ ؛ لَأَنَّهُ ارْتَفَقَ بِمَا لَمْ يَتَّعَيْنْ مِلْكُ أَحَدٍ فِيهِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ ، فَكَانَ جَائِزًا ، كَالْمَشْيِ فِي الطَّرِيقِ وَالْجُلُوسِ فِيهَا . وَاخْتَلَفُوا فِي مَا لَا يَضُرُّ ،

ظ ١٠٢/٤

(٧٦) فِي ب : « يَجْعَل » .

(٧٧) السَّابِاطُ : سَقِيفَةٌ بَيْنَ حَائِطَيْنِ تَحْتَهَا مَرْنَفَذٌ .

فقال بعضهم : إن كان في شارع تَمُرُّ فيه الجُيُوشُ والأَحْمَالُ ، فيكونُ بحيثُ إذا سارَ فيه الفَارسُ ورُمحُه منصوبٌ لا يَبْلُغُه . وقال أكثرُهُم : لا يُقدَّرُ بذلك ، بل يكونُ بحيثُ لا يَضُرُّ بِالْعَمَارِيَّاتِ^(٧٨) والمَحَامِلِ . ولنا ، أَنَّهُ بِناءٌ في مِلْكٍ غيرِه بغيرِ إِذْنِه ، فلم يَجُزْ ، كِبِناءِ الدُّكَّةِ أو بِناءِ ذلك في دَرَبٍ غيرِ نَافِذٍ بغيرِ إِذْنِ أَهْلِه ، ويُفَارِقُ المُرُورَ في الطَّرِيقِ ، فَإِنَّهَا جُعِلَتْ لذلك ، ولا مَضَرَّةَ فيه ، والجلُوسُ لا يَدُومُ ، ولا يُمكنُ التَّحَرُّزُ منه ، ولا نُسَلِّمُ أَنَّهُ لا مَضَرَّةَ فيه ، فَإِنَّهُ يُظْلِمُ الطَّرِيقَ ، وَيَسُدُّ الضُّوَّةَ ، وربما سَقَطَ على المارَّةِ ، أو سَقَطَ منه شيءٌ ، وقد تَعْلُو الأرضُ بِمرُورِ الزَّمانِ ، فيَصْدِمُ رُءُوسَ النَّاسِ ، وَيَمْنَعُ مُرُورَ الدَّوَابِّ بالأَحْمَالِ ، وَيَقْطَعُ الطَّرِيقَ إِلَّا على الماشي ، وقد رأينا مثلَ هذا كثيرا ، وما يُفضي إلى الضَّرَرِ في ثانی الحالِ ، يَجِبُ المَنعُ منه في ابتِدَائِه ، كما لو أَرَادَ بِناءَ حَائِطٍ مائِلٍ إلى الطَّرِيقِ يُخَشَى وَقُوعُه على من يَمُرُّ فيها . وعلى أبنی حنيفة : أَنَّهُ بِناءٌ في حَقِّ مُشْتَرِكٍ ، لو مَنَعَ منه بعضُ أَهْلِه لم يَجُزْ ، فلم يَجُزْ بغيرِ إِذْنِهِم ، كما لو أَخْرَجَهُ إلى هَوَاءِ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ ، وذلك لِأَنَّ حَقَّ الآدَمِيِّ لا يَجُوزُ لغيرِه التَّصَرُّفُ فيه بغيرِ إِذْنِه ، وإن كان ساكِنا ، كما لا يَجُوزُ إذا مَنَعَ منه .

فصل : ولا يَجُوزُ أن يَبْنِيَ في الطَّرِيقِ دُكَّانًا ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ، سواء كان الطَّرِيقُ وَاسِعًا أو غيرَ وَاسِعٍ ، سواء أَذِنَ الإِمَامُ فيه أو لم يَأْذَنْ ؛ لِأَنَّهُ بِناءٌ في مِلْكٍ غيرِه بغيرِ إِذْنِه ، ولأنَّهُ يُؤْذِي المارَّةَ وَيُضَيِّقُ عليهم ، وَيَعْتُرُّ به العائِرُ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الطَّرِيقُ ضَيِّقًا .

فصل : ولا يَجُوزُ أن يَبْنِيَ دُكَّانًا ولا يُخْرِجَ رُوشَنًا ، ولا سَابَاطًا على دَرَبٍ غيرِ نَافِذٍ ، إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِه . وهذا قال الشَّافِعِيُّ ، إذا لم يَكُنْ له في الدَّرَبِ بَابٌ ، وإن كان له في الدَّرَبِ بَابٌ ، فقد اِخْتَلَفَ أَصْحَابُه^(٧٩) ، فمنهم من مَنَعَه أيضًا ، ومنهم مَنْ أَجَازَ له إِخْرَاجَ الجَنَاحِ والسَّابِاطِ ؛ لِأَنَّ له في الدَّرَبِ اسْتِطْرَاقًا ، فمَلَكَ ذلك ، كما يَمْلِكُهُ في الدَّرَبِ

(٧٨) العمارة : هودج يحمل على الدابة . انظر معجم Dozy .

(٧٩) في الأصل : « أصحابنا » .

النَّافِذ . وَلَنَا ، أَنَّهُ بِنَاءٌ فِي هَوَاءٍ مِلْكٍ قَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ^(٨٠) فِيهِ بَابٌ ، وَلَا تُسَلَّمُ الْأَصْلُ / الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ أَذِنَ أَهْلُ الدَّرْبِ فِيهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِمْ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمَالِكُ وَاحِدًا . وَإِنْ صَالَحَ أَهْلُ الدَّرْبِ مِنْ ذَلِكَ عَلَى عَوَضٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ لِلْهَوَاءِ دُونَ الْقَرَارِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يَبْنِي فِيهِ بِإِذْنِهِمْ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ أَذِنُوا لَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، وَلَئِنَّ مِلْكَهُمْ ، فَجَازَ لَهُمْ أَخْذُ عَوَضِهِ ، كَالْقَرَارِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّمَا يَجُوزُ بِشَرْطِ كَوْنِ مَا يُخْرِجُهُ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ فِي الْخُرُوجِ وَالْعُلُوقِ ، وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا أَخْرَجَهُ إِلَى مِلْكِ إِنْسَانٍ مُعَيَّنٍ ، لَا يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَجُوزُ بِإِذْنِهِ ، بِعَوَضٍ وَبِغَيْرِهِ ، إِذَا كَانَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : لَا يَجُوزُ أَنْ يَحْفَرَ فِي الطَّرِيقِ النَّافِذَةِ بَثْرًا لِنَفْسِهِ ، سَوَاءً جَعَلَهَا لِمَاءِ الْمَطَرِ ، أَوْ لِيَسْتَخْرِجَ مِنْهَا مَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، وَلَا غَيْرَ ذَلِكَ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ أَرَادَ حَفَرَهَا لِلْمُسْلِمِينَ وَتَفْعِهِمْ ^(٨١) أَوْ لِنَفْعِ الطَّرِيقِ ، مِثْلُ أَنْ يَحْفَرَهَا لِيَسْتَقِيَ النَّاسُ مِنْ مَائِهَا ، وَيَشْرَبَ مِنْهُ الْمَارَّةُ ، أَوْ لِيَنْزِلَ فِيهَا مَاءُ الْمَطَرِ عَنِ الطَّرِيقِ ، نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ الطَّرِيقُ ضَيِّقًا ، أَوْ يَحْفَرُهَا فِي مَمَرٍ النَّاسِ بَحِثُ يُخَافُ سُقُوطَ إِنْسَانٍ فِيهَا أَوْ دَابَّةٍ ، أَوْ يُضَيِّقُ عَلَيْهِمْ مَمَرُّهُمْ ، لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ ضَرَرَهَا أَكْثَرَ مِنْ نَفْعِهَا ، وَإِنْ حَفَرَهَا فِي زَاوِيَةٍ فِي ^(٨٢) طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، وَجَعَلَ عَلَيْهَا مَا يَمْنَعُ الْوُقُوعَ فِيهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ نَفْعٌ بِلَا ضَرَرٍ ، فَجَازَ ، كَتَمْهِيدِهَا ، وَبِنَاءِ رَصِيفٍ فِيهَا ، فَأَمَّا ^(٨٣) فَعَلُهُ فِي دَرَبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِلْكٌ لِقَوْمٍ مُعَيَّنِينَ ، فَلَمْ يَجْزِ فَعْلُ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . كَمَا لَوْ فَعَلَهُ فِي بُسْتَانِ إِنْسَانٍ . وَلَوْ صَالَحَ أَهْلُ الدَّرْبِ عَنْ ذَلِكَ بِعَوَضٍ ، جَازَ ، سَوَاءً حَفَرَهَا لِنَفْسِهِ

(٨٠) سقط من : الأصل .

(٨١) في ١ : « لِنَفْعِهِمْ » .

(٨٢) في ب : « مِنْ » .

(٨٣) في ١ ، م زيادة : « مَا » .

لَيَنْزِلَ^(٨٤) فِيهَا مَاءُ الْمَطَرِ عَنْ دَارِهِ ، أَوْ لَيَسْتَقَىٰ مِنْهَا مَاءً لِنَفْسِهِ ، أَوْ حَفَرَهَا لِلْسَّبِيلِ وَنَفَعَ الطَّرِيقَ . وكذلك إن فَعَلَ ذلك في مِلْكٍ إِنْسَانٍ مُّعَيَّنٍ .

فصل : ولا يَجُوزُ إِخْرَاجُ الْمِيَازِبِ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ . ولا يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا إِلَى دَرْبٍ نَافِذٍ إِلَّا بِإِذْنِ أَهْلِهِ . وقال أبو حنيفة ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ : يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، اجْتَنَزَ عَلَى دَارِ الْعَبَّاسِ وَقَدْ نَصَبَ مِيزَابًا عَلَى^(٨٥) الطَّرِيقِ ، فَقَلَعَهُ ، فَقَالَ الْعَبَّاسُ : تَقْلَعُهُ وَقَدْ نَصَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ ؟ فَقَالَ : وَاللَّهِ لَا نَصَبْتَهُ / إِلَّا عَلَى ظَهْرِي ، وَإِنْ حَتَّى حَتَّى صَعَدَ عَلَى ظَهْرِهِ ، فَنَصَبْتَهُ^(٨٦) . وَمَا فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَلْغَيْرِهِ فَعَلُهُ ، مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلٌ عَلَى اخْتِصَاصِهِ بِهِ . وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ، وَلَا يُمْكِنُهُ رَدُّ مَائِهِ إِلَى الدَّارِ . وَلِأَنَّ النَّاسَ يَعْمَلُونَ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ مِنْ غَيْرِ تَكْيِيرٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا تَصَرُّفٌ فِي هَوَاءٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لو كَانَ الطَّرِيقُ غَيْرَ نَافِذٍ ، وَلِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالطَّرِيقِ وَأَهْلِيهَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَبِنَاءِ ذَكَّةٍ فِيهَا أَوْ جَنَاحٍ يَضُرُّ بِأَهْلِيهَا ، وَلَا يَخْفَى مَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، فَإِنَّ مَاءَهُ يَقَعُ عَلَى الْمَارَّةِ ، وَرِمَا جَرَى فِيهِ الْبَوْلُ أَوْ مَاءٌ نَجِسٌ فَيَنْجَسُهُمْ ، وَيُزَلُّقُ الطَّرِيقَ ، وَيَجْعَلُ فِيهَا الطُّيْنَ ، وَالْحَدِيثُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ كَانَ فِي دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، أَوْ تَجَدَّدَتِ الطَّرِيقُ بَعْدَ نَصْبِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةٌ إِلَيْهِ ، وَالْعَادَةُ جَارِيَةٌ بِهِ ، مَعَ مَا فِيهِ مِنَ الْخَبَرِ الْمَذْكُورِ .

فصل : ولا يَجُوزُ أَنْ يَفْتَحَ فِي الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ طَاقًا وَلَا بَابًا ، إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ انْتِفَاعٌ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَتَصَرُّفٌ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ بِهِ . ولا يَجُوزُ أَنْ يَغْرِزَ فِيهِ وَتِدًا ، وَلَا يُحْدِثَ عَلَيْهِ حَائِطًا وَلَا يَسْتُرَهُ ، وَلَا يَتَصَرَّفَ فِيهِ نَوْعَ تَصَرُّفٍ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الْحَائِطِ

(٨٤) في م : « فينزل » .

(٨٥) في ا ، م : « إلى » .

(٨٦) أخرجه البيهقي ، في : باب نصب الميزاب وإشراع الجناح ، من كتاب الصلح . السنن الكبرى ٦ / ٦٦ .
والحاكم ، في : باب محاكمة العباس ... ، من كتاب معرفة الصحابة . المستدرک ٣ / ٣٣١ .

بما يضرُّ به ، فلم يَجُزْ ، كَنَقْضِهِ . ولا يَجُوزُ له فِعْلُ شَيْءٍ من ذلك في حَائِطِ جَارِهِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ؛ لَأَنَّهُ إِذَا لم يَجُزْ فِيمَا له فيه حَقٌّ ، ففِيمَا لا حَقَّ له فيه أَوَّلَى . وإن صَالَحَهُ عن ذلك بِعَوَضٍ ، جَازَ . وأَمَّا الِاسْتِنَادُ إِلَيْهِ ، وإِسْنَادُ شَيْءٍ لا يَضُرُّهُ إِلَيْهِ ، فلا بَأْسَ به ؛ لَأَنَّهُ لا مَضَرَّةَ فيه ، ولا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، أَشَبَّهُ الِاسْتِظْلَالَ بِهِ .

فصل : فَأَمَّا وَضْعُ خَشْبِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِالْحَائِطِ لِضَعْفِهِ عَنْ حَمْلِهِ ، لم يَجُزْ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لما ذَكَرْنَا ، ولِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ » ^(٨٧) . وإن كَانَ لا يَضُرُّ به ، إِلَّا أَنَّ به غُنْيَةً عن وَضْعِ خَشْبِهِ عَلَيْهِ ، لِإِمْكَانِ وَضْعِهِ عَلَى غَيْرِهِ ، فَقَالَ أَكْثَرُ أَصْحَابِنَا : لا يَجُوزُ أَيْضًا . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، وأبَى ثَوْرٍ . لَأَنَّهُ انْتِفَاعٌ بِمِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، فلم يَجُزْ ، كِبْنَاءِ حَائِطٍ عَلَيْهِ . وَأَشَارَ ابْنُ عَقِيلٍ إِلَى جَوَازِهِ ؛ لما رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِهِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨٨) . وَلَأنَّ ما / أُبِيحَ لِلْحَاجَةِ ^(٨٩) الْعَامَّةِ ١٠٤/٤ و لم يُعْتَبَرْ فِيهِ حَقِيقَةُ الْحَاجَةِ ^(٩٠) ، كَأَخْذِ الشَّقْصِ بِالشَّقْصَةِ مِنَ الْمُشْتَرَى ، وَالْفَسْخِ بِالْخِيَارِ أَوْ بِالْعَيْبِ ، وَاتِّخَاذِ الْكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، وَإِبَاحَةِ السَّلَامِ ، وَرُخْصِ السَّفَرِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ دَعَتْ الْحَاجَةُ إِلَى وَضْعِهِ عَلَى حَائِطِ جَارِهِ ، أَوْ الْحَائِطُ الْمُشْتَرَكِ ، بِحَيْثُ لا يُمَكِّنُهُ التَّسْقِيفُ بَدُونَهُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لَهُ وَضْعُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ .

(٨٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « إِضْرَار » . وَتَقْدِمُ تَخْرِيجُ الْحَدِيثِ فِي ٤ / ١٤٠ .

(٨٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَمْنَعُ جَارَ جَارِهِ أَنْ يَغْرَزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَظَالِمِ ، وَفِي : بَابِ الشَّرْبِ مِنْ فَمِ السَّقَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرِيَةِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣ / ١٧٣ ، ٧٤ / ١٤٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ غَرْزِ الْخَشَبِ فِي جِدَارِ الْجَارِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاقَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٢٣٠ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ أَبْوَابِ مِنَ الْقَضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٨٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَضَعُ عَلَى حَائِطِ خَشْبًا ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٦ / ١٠٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَضَعُ خَشْبَهُ عَلَى جِدَارِ جَارِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٢ / ٧٨٣ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ فِي الْمَرْفُقِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . الْمُوطَأُ ٢ / ٧٤٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٢٤٠ ، ٢٧٤ . (٨٩-٨٩) سَقَطَ مِنْ : ١ . نَقْلُهُ نَظَرُ .

وقال في الجديد : ليس له وضعه . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ؛ لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة ، فلم يجز ، كزراعته . ولنا ، الخبر ، لأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به ، أشبه الاستناد إليه والاستظلال به ، ويفارق الزرع ، فإنه يضر ، ولم تدع إليه حاجة . إذا ثبت هذا ، فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ، ولجاره حائط واحد ، وليس هذا في كلام أحمد ، إنما قال ، في رواية أبي داود : لا يمنعه إذا لم يكن ضرر ، وكان الحائط يئق . ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسعاً يحتاج إلى أن يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر . والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه . ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ والتيم والمجنون والعاقل ؛ لما ذكرنا . والله أعلم .

فصل : فأما وضعه في جدار المسجد ، إذا وجد الشرطان ، فعن أحمد فيه روايتان : إحداهما ، الجواز ؛ لأنه إذا جاز في ملك الجار ، مع أن حقه مبنئ على الشح والضيق ، ففي حقوق الله تعالى المنيعة على المسامحة والمساهلة أولى . والثانية ، لا يجوز . نقلها أبو طالب ؛ لأن القياس يقتضي المنع في حق الكل ، ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه ، فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس . وهذا اختيار أبي بكر . وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهاً للمنع من وضع الخشب في ملك الجار ؛ لأنه إذا منع^(٩٠) من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلان يمنع من المختص بغيره أولى . ولأنه إذا منع في حق الله تعالى مع أن حقه على المسامحة والمساهلة ؛ لغنى الله تعالى وكرمه ، فلان يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى .^(٩١) والمذهب الأول^(٩٢) . فإن قيل : فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في ١٠٤/٤ ظ الحائط ، بالقياس / على وضع الخشب ؟ قلنا : لأن الخشب يمسك الحائط وينفعه ، بخلاف الطاق والباب ، فإنه يضعف الحائط ، لأنه يئق مفتوحاً في الحائط ، والذي

(٩٠) في ١ ، م : « امتنع » .

(٩١-٩٢) سقط من : الأصل .

يَفْتَحُهُ لِلْخَشَبَةِ يَسُدُّهُ بِهَا ، وَلَآنَ وَضَعَ الْخَشَبَ تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَيْهِ ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ .

فصل : ومن مَلَكَ وَضَعَ خَشَبَهُ عَلَى حَائِطٍ ، فَرَأَى بِسُقُوطِهِ ، أَوْ قَلْعِهِ ، أَوْ سُقُوطِ الْحَائِطِ ، ثُمَّ أُعِيدَ ، فَلَهُ إِعَادَةُ خَشَبِهِ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ الْمُجَوِّزَ لَوْضْعِهِ مُسْتَمِرٌّ ، فَاسْتَمَرَ اسْتِحْقَاقُ ذَلِكَ . وَإِنْ زَالَ السَّبَبُ ، مِثْلُ أَنْ يُخَشَى عَلَى الْحَائِطِ مِنْ وَضْعِهِ عَلَيْهِ ، أَوْ اسْتُغْنِيَ عَنْ وَضْعِهِ ، لَمْ تَجْزِ إِعَادَتُهُ ؛ لِزَوَالِ السَّبَبِ الْمُبِيحِ . وَإِنْ خِيفَ سُقُوطُ الْحَائِطِ بَعْدَ وَضْعِهِ عَلَيْهِ ، ^(٩٢) أَوْ اسْتُغْنِيَ عَنْ وَضْعِهِ ^(٩٢) ، لَزِمَ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْمَالِكِ ، وَيُزُولُ الْخَشَبُ . وَإِنْ لَمْ يُخَفَ عَلَيْهِ ، لَكِنْ اسْتُغْنِيَ عَنْ إِبْقَائِهِ عَلَيْهِ ، لَمْ ^(٩٣) يَلْزَمْ إِزَالَتُهُ ؛ لِأَنَّ فِي إِزَالَتِهِ ضَرَرًا بِصَاحِبِهِ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ فِي إِبْقَائِهِ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ خَشِيَ سُقُوطَهُ .

فصل : ولو كان له وَضَعَ خَشَبَهُ عَلَى جِدَارٍ غَيْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ إِعَارَتَهُ ^(٩٤) وَلَا إِجَارَتَهُ ^(٩٤) ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ لَهُ ذَلِكَ لِحَاجَتِهِ الْمَاسَّةِ إِلَى وَضْعِ خَشَبِهِ ، وَلَا حَاجَةَ لَهُ إِلَى وَضْعِ خَشَبٍ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ . وَكَذَلِكَ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ حَقِّهِ مِنْ وَضْعِ ^(٩٥) خَشَبِهِ ، وَلَا الْمُصَالَحَةَ عَنْهُ لِلْمَالِكِ وَلَا لغيرِهِ ؛ لِأَنَّهُ أُبِيحَ لَهُ مِنْ حَقِّ غَيْرِهِ لِحَاجَتِهِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ ذَلِكَ فِيهِ ، كَطَعَامٍ غَيْرِهِ إِذَا أُبِيحَ لَهُ مِنْ أَجْلِ الضَّرُورَةِ ، وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ الْحَائِطِ إِعَارَةَ الْحَائِطِ ، أَوْ إِجَارَتَهُ عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ هَذَا الْمُسْتَحَقُّ مِنْ وَضْعِ خَشَبِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَسِيلَةٌ إِلَى مَنْعِ ذِي الْحَقِّ مِنْ حَقِّهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ ، كَمَنْعِهِ . وَلَوْ أَرَادَ هَذَا الْحَائِطُ لغيرِ حَاجَةٍ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَقْوِيَةِ الْحَقِّ . وَإِنْ ائْتَجَعَ إِلَى هَذَا لِلْخَوْفِ مِنْ انْهْدَامِهِ ، أَوْ لِتَحْوِيلِهِ إِلَى مَكَانٍ آخَرَ ، أَوْ لِعَرْضِ صَحِيحٍ ، مَلَكَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْخَشَبِ إِنَّمَا ثَبَتَ ^(٩٦) حَقُّهُ لِلْإِرْفَاقِ بِهِ ، مَشْرُوطًا بِعَدَمِ الضَّرَرِ لِصَاحِبِ الْحَائِطِ ^(٩٧) ،

(٩٢-٩٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٩٣) في الأصل : « ولم » .

(٩٤-٩٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٩٥) سقط من : ب .

(٩٦) في ا ، ب ، م : « ثبت » .

(٩٧) في ا ، م : « الحق » .

فمتى أفضى إلى الضرر زال الاستحقاق ؛ لزوال شرطه .

فصل : وإذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه ، أو وضع ستره عليه ، أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه ، جاز ، فإذا فعل ما أذن له فيه ، صارت العارية لازمة ، فإذا رجع / المعير فيها ، لم يكن له ذلك ، ولم يلزم المستعير إزالة ما فعله ؛ لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام ، وفي القلع إضرار به ، فلا يملك ذلك المعير ، كما لو أعاره أرضاً للدفن والغراس ، لم يملك المطالبة بنقل الميت والغراس بغير ضمان . وإن أراد هدم الحائط لغير حاجة ، لم يكن له ذلك ؛ لأن المستعير قد استحق ببقية الخشب عليه ، ولا ضرر في تبقية . وإن كان مستهدماً ، فله نقضه . وعلى (٩٨) صاحب البناء والخشب إزالته . وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعير ردّ بنائه وخشبه إلا بإذن جديد ، سواء بناه بآلته أو غيرها . وهكذا لو قلع المستعير خشبه (٩٩) ، أو سقط بنفسه ، لم يكن له رده إلا بإذن مستأنف ؛ لأن المنع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر ، وههنا قد حصل القلع بغير فعله ، فأشبه ما لو كان في الأرض شجرًا فانقلع . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقالوا في الآخر : له ذلك ؛ لأنه قد استحق بقاء ذلك على التأييد . وليس كذلك ؛ فإنه إنما استحق الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع ، وقد حصل القلع ههنا ، فلا يبقى الاستحقاق . وإن قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً ، كان للآخر إعادته ؛ لأنه أزيل بغير حق ، تعدّياً ممن عليه الحق ، فلم يسقط الحق عنه بعدوانه . وإن أزاله أجنبي (١٠٠) ، لم يملك صاحبه إعادته بغير إذن المالك ؛ لأنه زال بغير عدوان منه ، فأشبه ما لو سقط بنفسه .

فصل : وإن أذن له في وضع خشبه ، أو البناء على جداره بعوض ، جاز ، سواء كان إجارة في مدة معلومة ، أو صلحاً على وضعه على التأييد . ومتى زال فله إعادته ، سواء

(٩٨) في ١ ، م : « وله على » .

(٩٩) في ١ ، ب ، م : « خشباً » .

(١٠٠) سقط من : الأصل .

زَالَ لِسُقُوطِهِ ، أَوْ سُقُوطِ الْحَائِطِ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِبْقَاءَهُ بِعَوَضٍ ، وَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَكُونَ الْبِنَاءُ مَعْلُومَ الْعَرْضِ وَالطُّولِ ، وَالسُّمُكِ ، وَالْآلَاتِ مِنَ الطِّينِ وَاللَّبَنِ ، ^(١٠١) أَوْ الطِّينِ ^(١٠١) وَالْأَجْرُ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ هَذَا كُلَّهُ يَخْتَلِفُ فَيَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ . وَإِذَا سَقَطَ الْحَائِطُ الَّذِي عَلَيْهِ الْبِنَاءُ أَوْ الْحَشْبُ ، فِي أَثْنَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، سَقُوطًا لَا يَعُودُ ، انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ ^(١٠٢) مِنَ الْمُدَّةِ ^(١٠٢) ، وَرَجَعَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقِسْطِ مَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ . وَإِنْ أُعِيدَ ، رَجَعَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقَدْرِ الْمُدَّةِ الَّتِي سَقَطَ الْبِنَاءُ وَالْحَشْبُ / عَنْهُ . وَإِنْ صَالَحَهُ مَالِكُ الْحَائِطِ عَلَى رَفْعِ بَنَائِهِ أَوْ نَحْشِهِ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ ، جَازَ ، كَمَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى وَضْعِهِ ، سِوَاءَ كَانَ مَا صَالَحَهُ بِهِ مِثْلَ الْعَوَضِ الَّذِي صُوِّلَحَ بِهِ عَلَى وَضْعِهِ ، أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ هَذَا عَوَضٌ عَنِ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ لَهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ مَسِيلُ مَاءٍ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ مِيزَابٌ ، أَوْ غَيْرُهُ ، فَصَالَحَ صَاحِبُ الْأَرْضِ مُسْتَحَقُّ ذَلِكَ بِعَوَضٍ ، لِيُزِيلَهُ عَنْهُ ، جَازَ . وَإِنْ كَانَ الْحَشْبُ أَوْ الْحَائِطُ قَدْ سَقَطَ ، فَصَالَحَهُ بِشَيْءٍ عَلَى أَنْ لَا يُعِيدَهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ أَنْ يَبِيعَ ذَلِكَ مِنْهُ ، جَازَ أَنْ يُصَالِحَهُ ^(١٠٣) عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الصُّلْحَ يَبِيعُ .

١٠٥/٤ ظ

فصل : وَإِذَا وُجِدَ بَنَاؤُهُ أَوْ نَحْشُهُ عَلَى حَائِطٍ مُشْتَرَكٍ ، أَوْ حَائِطٍ جَارِهِ ، وَلَمْ يُعْلَمْ سَبَبُهُ ، فَمَتَى زَالَ فَلَهُ إِعَادَتُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا الْوَضْعَ بِحَقٍّ مِنْ صُلْحٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلَا يَزُولُ هَذَا الظَّاهِرُ حَتَّى يُعْلَمْ خِلَافُهُ . وَكَذَلِكَ لَوْ وُجِدَ مَسِيلُ مَائِهِ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ ، أَوْ مَجْرَى مَاءٍ سَطَحِهِ عَلَى سَطْحِ غَيْرِهِ ، وَمَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَهُ بِحَقٍّ ، فَجَرَى ذَلِكَ مَجْرَى الْيَدِ الثَّابِتَةِ . وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي ذَلِكَ ، هَلْ هُوَ بِحَقٍّ أَوْ بَعْدَوَانٍ ؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْحَشْبِ وَالْبِنَاءِ وَالْمَسِيلِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ .

فصل : إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ دَارًا فِي يَدِ أَخَوَيْنِ ، فَأَنكَرَهُ أَحَدُهُمَا ، وَأَقَرَّ لَهُ الْآخَرُ ، ثُمَّ

(١٠١-١٠١) سقط من : ١ ، م .

(١٠٢-١٠٢) سقط من : م .

(١٠٣) في ب : ١ ، يصالح .

صَالَحَهُ عَمَّا أَقَرَّ لَهُ بِعَوَضٍ ، صَحَّ الصَّلْحُ ، وَلَاخِيَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَ : هَذِهِ لَنَا وَرِثَانَا جَمِيعًا عَنْ أَيْبِنَا أَوْ أَخِينَا . فَيُقَالُ : إِذَا كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا ، كَانَ لَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَإِنْ قَالَ : وَرِثَانَا عَنْ أَيْبِنَا . فَلَا شُفْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمُنْكَرَ يَزْعُمُ أَنَّ الْمَلِكَ لِأَخِيهِ الْمُقَرَّرَ لَمْ يَزَلْ ، وَأَنَّ الصَّلْحَ بَاطِلٌ ، فَيُؤْخَذُ بِذَلِكَ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ بِهِ شُفْعَةَ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْمَلِكَ ثَبَتَ لِلْمُدَّعَى حُكْمًا ؛ وَقَدْ رَجَعَ إِلَى الْمُقَرَّرِ بِالْبَيْعِ ، وَهُوَ مُعْتَرِفٌ بِأَنَّهُ يَبِيعُ صَحِيحٌ ، فَتَثْبُتُ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْإِنْكَارُ مُطْلَقًا . وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اتَّقَلَّ نَصِيبُ الْمُقَرَّرِ إِلَى الْمُدَّعَى بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ سَبَبٍ مِنَ الْأَسْبَابِ ، فَلَا يَتَنَافَى إِنْكَارُ الْمُنْكَرِ وَإِقْرَارُ الْمُقَرَّرِ ، كَحَالَةِ إِطْلَاقِ الْإِنْكَارِ . وَهَذَا أَصَحُّ .

٨١٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَدَاعَى نَفْسَانِ جِدَارًا مَعْقُودًا بَيْنَاءٍ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، تَحَالَفَا ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ مَخْلُولًا مِنْ بَنَائِهِمَا . وَإِنْ كَانَ مَعْقُودًا / بَيْنَاءٍ أَحَدُهُمَا ، كَانَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ) . ١٠٦/٤

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَيْنِ إِذَا تَدَاعَى حَائِطًا بَيْنَ مَلَكِيَّتِهِمَا ، وَتَسَاوَا فِي كَوْنِهِ مَعْقُودًا بَيْنَائِهِمَا مَعًا ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا بِهِمَا اتِّصَالًا لَا يُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ بِنَاءِ الْحَائِطِ ، مِثْلُ اتِّصَالِ الْبِنَاءِ بِالطِّينِ ، كَهَذِهِ الْفَطَائِرِ الَّتِي لَا يُمْكِنُ إِحْدَاثُ اتِّصَالٍ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ ، أَوْ تَسَاوَا فِي كَوْنِهِ مَخْلُولًا مِنْ بَنَائِهِمَا ، أَوْ ^(١) غَيْرَ مُتَّصِلٍ بَيْنَائِهِمَا الْإِتِّصَالُ الْمَذْكُورُ ، بَلْ بَيْنَهُمَا شِقٌّ مُسْتَقِيلٌ ، كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الْحَائِطَيْنِ اللَّذَيْنِ أَصْبَقَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ . فَهُمَا سَوَاءٌ فِي الدَّعْوَى ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا ، فَيَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نَصْفِ الْحَائِطِ ، أَنَّهُ لَهُ ، وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي عَلَى نِصْفِ الْحَائِطِ ؛ لِكَوْنِ الْحَائِطِ فِي أَيْدِيهِمَا . وَإِنْ حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى جَمِيعِ الْحَائِطِ ، أَنَّهُ لَهُ ، وَمَا هُوَ لِصَاحِبِهِ ، جَازَ ، وَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ

(١) فِي الْأَصْلِ : أَوْ أَيْ .

المُنْذِر . ولا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ؛ وذلك لِأَنَّ الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الْعَيْنِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ مَعَ يَمِينِهِ ، فَإِذَا كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا ، كَانَتْ يَدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى نِصْفِهَا ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي نِصْفِهَا مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ لَهُ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، تَعَارَضَتَا ، وَصَارَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَتَكَلَّاهُ عَنِ الْيَمِينِ ، كَانَ الْحَائِطُ فِي أَيْدِيهِمَا عَلَى مَا كَانَ . وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا ، وَتَكَلَّى الْآخَرَ ، قُضِيَ عَلَى النَّاكِلِ ، فَكَانَ الْكُلُّ لِلْآخَرِ . وَإِنْ كَانَ الْحَائِطُ مُتَّصِلًا بِنَاءٍ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ ، فَهُوَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا يُرْجَحُ بِالْعَقْدِ ، وَلَا يُنْظَرُ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا الْبِنَاءَ بُنِيَ كُلُّهُ بِنَاءً وَاحِدًا ، فَإِذَا كَانَ بَعْضُهُ لِرَجُلٍ ، كَانَ بَقِيَّتُهُ لَهُ ، وَالْبِنَاءُ الْآخَرُ الْمَحْلُولُ ، الظَّاهِرُ أَنَّهُ بُنِيَ وَحْدَهُ ، فَإِنَّهُ لَوْ بُنِيَ مَعَ هَذَا ، كَانَ مُتَّصِلًا بِهِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَغَيْرِ صَاحِبِ هَذَا الْحَائِطِ الْمُخْتَلَفِ فِيهِ ، فَوَجَدَ أَنَّهُ يُرْجَحُ بِهَذَا ، كَالْيَدِ وَالْأَرْجِ^(٢) . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَمْ تَجْعَلُوهُ لَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ ذَلِكَ ظَاهِرٌ ، وَلَيْسَ بِبَيِّنٍ ، إِذْ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا بَنَى الْحَائِطَ لِصَاحِبِهِ تَبَرُّعًا مَعَ حَائِطِهِ ، أَوْ كَانَ لَهُ فَوْهَبَةٌ / إِيَّاهُ ، أَوْ بَنَاهُ بِأَجْرَةٍ ، فَشَرَعَتِ الْيَمِينُ مِنْ أَجْلِ الْإِحْتِمَالِ ، كَمَا شَرَعَتْ فِي حَقِّ صَاحِبِ الْيَدِ ، وَسَائِرٍ مِنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ مَعْقُودًا بِنَاءٍ أَحَدُهُمَا عَقْدًا يُمَكِّنُ إِحْدَاهُ ، مِثْلَ الْبِنَاءِ بِاللِّبَنِ وَالْأَجْرِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُنْزَعَ مِنَ الْحَائِطِ الْمَبْنِيِّ نِصْفَ لَبْنَةٍ أَوْ أَجْرَةٍ ، وَيُجْعَلَ^(٣) مَكَانَهَا لَبْنَةٌ صَحِيحَةٌ أَوْ أَجْرَةٌ صَحِيحَةٌ تُعْقَدُ بَيْنَ الْحَائِطَيْنِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُرْجَحُ بِهَذَا ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ^(٤) «صَاحِبُ الْحَائِطِ» فَعَلَ هَذَا لِتَمَلُّكِ الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ يُرْجَحُ بِهَذَا الْإِتِّصَالِ ، كَمَا يُرْجَحُ بِالِاتِّصَالِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ إِحْدَاهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَاحِبَ الْحَائِطِ لَا يَدْعُ غَيْرَهُ بِتَصَرُّفٍ فِيهِ ، بِنَزْعِ أَجْرِهِ ،

(٢) الْأَرْج : نَوْعٌ مِنَ الْأَبْنِيَةِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : «أَوْ يُجْعَلُ» .

(٤-٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

وَتَغْيِيرُ بَنَائِهِ ، وَفِعْلُ مَا يَدُلُّ عَلَى مِلْكِهِ ^(٥) ، فَوَجَبَ أَنْ يُرْجَعَ بِهَذَا ، كَمَا يُرْجَعُ بِالْيَدِ ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ تَكُونَ يَدًا عَادِيَّةً ، حَدَّثَتْ بِالْعَصَبِ أَوْ بِالسَّرِقَةِ أَوْ الْعَارِيَّةِ أَوْ الْإِجَارَةِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ التَّرْجِيحَ بِهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ بِنَاءٌ ، كَحَائِطٍ مَبْنِيٍّ عَلَيْهِ ، أَوْ عَقْدٍ مُعْتَمِدٍ عَلَيْهِ ، أَوْ قُبَّةٍ ^(٦) وَنَحْوِ هَذَا ^(٧) ، فَهُوَ لَهُ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ وَضْعَ بَنَائِهِ عَلَيْهِ ^(٨) بِمَنْزِلَةِ الْيَدِ الثَّابِتَةِ عَلَيْهِ ، لِكَوْنِهِ مُنْتَفِعًا بِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى كَوْنِ حِمْلِهِ عَلَى الْبَهِيمَةِ وَزَرْعِهِ فِي الْأَرْضِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَتْرُكُ غَيْرَهُ يَبْنِي عَلَى حَائِطِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ لَهُ عَلَيْهِ سِتْرَةٌ ، وَلَوْ كَانَ فِي أَصْلِ الْحَائِطِ خَشَبَةٌ طَرَفُهَا تَحْتَ حَائِطٍ يَنْفَرِدُ بِهِ أَحَدُهُمَا ، أَوْ لَهُ عَلَيْهَا أَرْجٌ مَعْقُودٌ ، فَالْحَائِطُ الْمُخْتَلَفُ فِيهِ لَهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْخَشَبَةَ لَمْ يَنْفَرِدْ بِوَضْعِ بَنَائِهِ عَلَيْهَا ، فَيَكُونُ الظَّاهِرُ أَنَّ مَا عَلَيْهَا مِنَ الْبِنَاءِ لَهُ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا خَشَبٌ مَوْضُوعٌ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا تُرْجَعُ دَعْوَاهُ بِذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَسْمَحُ بِهِ الْجَارُ . وَقَدْ وَرَدَ الْخَبَرُ بِالنَّهْيِ عَنِ الْمَنْعِ مِنْهُ . وَعِنْدَنَا أَنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ التَّمَكُّينُ مِنْهُ . فَلَمْ تُرْجَعْ بِهِ الدَّعْوَى ، كَأَسْنَادٍ مَتَاعِهِ فِيهِ ^(٩) ، وَتَجْصِيصِهِ وَتَرْوِيْقِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تُرْجَعَ بِهِ الدَّعْوَى . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ مُنْتَفِعٌ بِهِ بِوَضْعِ مَالِهِ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ الْبَانِيَّ عَلَيْهِ وَالزَّارِعَ فِي الْأَرْضِ ، وَوُرُودُ الشَّرْعِ بِالنَّهْيِ عَنِ الْمَنْعِ مِنْهُ ، لَا يَمْنَعُ كَوْنَهُ دَلِيلًا عَلَى الْاسْتِحْقَاقِ / ، ١٠٧/٤
بِدَلِيلِ أَتْنَا ^(٩) اسْتَدْلَلْنَا بِوَضْعِهِ عَلَى كَوْنِ الْوَضْعِ مُسْتَحَقًّا عَلَى الدَّوَامِ ، حَتَّى مَتَى زَالَ جَازَتْ إِعَادَتُهُ ، وَلِأَنَّ كَوْنَهُ مُسْتَحَقًّا شَرَطَ لَهُ الْحَاجَةُ إِلَى وَضْعِهِ ، فَفِيمَا لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ لَهُ مَنَعُهُ مِنْ وَضْعِهِ . وَأَمَّا السَّمَاخُ بِهِ ، فَإِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَتَسَامَحُونَ بِهِ ، وَلِهَذَا الْمَارُوِيُّ أَبُو هُرَيْرَةَ الْحَدِيثَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، طَاطَوْا رُعُوسَهُمْ ، كَرَاهَةً لَذَلِكَ ، فَقَالَ : مَالِي

(٥) فِي زِيَادَةِ : « لَهُ » .

(٦-٦) فِي ١ ، م : « وَنَحْوَهَا » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب ، م .

(٨) فِي ١ ، ب : « إِلَيْهِ » .

(٩) فِي ١ ، م : « أَنْ » .

أَرَأَيْكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ ؟ وَاللَّهِ لَأُزْمِنَنَّ بَهَا بَيْنَ أَكْتَا فِكُمْ^(١٠) . وَأَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ لَا يُوجِبُونَ التَّمَكِينَ مِنْ هَذَا ، وَيَحْمِلُونَ الْحَدِيثَ عَلَى كَرَاهَةِ الْمَنْعِ لَا عَلَى تَحْرِيمِهِ . وَلَأَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَى لِدَلَالَتِهِ ، فَيُرْجَحُ بِهِ ، كَالْأَرْج . وَقَالَ أَصْحَابُ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا تُرْجَحُ الدَّعْوَى بِالْجَذْعِ الْوَاحِدِ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَا يُبْنَى لَهُ ، وَيُرْجَحُ بِالْجَذْعَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ يُبْنَى لَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَوْضُوعٌ عَلَى الْحَائِطِ ، فَاسْتَوَى فِي تَرْجِيحِ الدَّعْوَى بِهِ قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ ، كَالْبِنَاءِ .

فصل : وَلَا تُرْجَحُ الدَّعْوَى بِكَوْنِ الدَّوَخِلِ إِلَى أَحَدِهِمَا وَالْخَوَارِجِ وَوُجُوهِ الْآجُرِّ وَالْحِجَارَةِ ، وَلَا كَوْنِ الْآجُرَّةِ الصَّحِيحَةِ مِمَّا يَلِي مِلْكَ أَحَدِهِمَا وَقَطَاعِ الْآجُرِّ إِلَى مِلْكِ الْآخَرِ ، وَلَا بِمَعَاقِدِ الْقِمْطِ فِي الْخُصِّ ، يَعْنِي عَقْدَ الْخُيُوطِ الَّتِي يُشَدُّ بِهَا الْخُصُّ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : يُحْكَمُ بِهِ لِمَنْ إِلَيْهِ وَجْهُ الْحَائِطِ وَمَعَاقِدِ الْقِمْطِ ؛ لِمَا رَوَى^(١١) نِمْرَانُ بْنُ جَارِيَةَ^(١٢) التَّمِيمِيُّ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي خُصٍّ ، فَبَعَثَ حُذَيْفَةَ بْنَ الْيَمَانِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ ، فَحَكَمَ بِهِ لِمَنْ يَلِيهِ مَعَاقِدِ الْقِمْطِ ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَخْبَرَهُ ، فَقَالَ : « أَصَبْتَ ، وَأَحْسَنْتَ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(١٣) . وَرَوَى نَحْوَهُ عَنْ عَلِيٍّ . وَلَأَنَّ الْعُرْفَ جَارٍ^(١٤) بَأَنَّ مِنْ بَنَى حَائِطًا جَعَلَ وَجْهَ الْحَائِطِ إِلَيْهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ »^(١٥) . وَلَأَنَّ وَجْهَ الْحَائِطِ وَمَعَاقِدِ الْقِمْطِ إِذَا كَانَا شَرِيكَيْنِ فِيهِ لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَكُونَ

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥ .

(١١-١٢) في النسخ : « تمر بن حازنة » تصحيف وتحريف . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ١٠ / ٤٧٥ .

(١٢) في : باب الرجلان يدعيان في خص ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٥ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : باب في المرأة تقتل إذا ارتدت . سنن الدارقطني ٤ / ٢٢٩ .

(١٣) في النسخ : « جاريا » خطأ .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخاري ٣ / ١٨٧ .

ومسلم ، في : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ . والترمذي ، في :

باب ماجاء في أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٨٧ ، ٨٨ .

وابن ماجه ، في : باب اليمين على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٨ .

إلى أَحَدِهِمَا ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَبَطَلَتْ دَلَالَتُهُ كَالْتَّزْوِيقِ ، وَلَأنَّه يُرَادُ لِلزَّيْنَةِ ، فَأَشْبَهَ التَّزْوِيقَ . وَحَدِيثُهُمْ لَا يُثْبِتُهُ أَهْلُ الثَّقَلِ ، وَإِسْنَادُهُ مَجْهُولٌ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ . قَالَ الشَّالَنْجِيُّ^(١٥) : ذَكَرْتُ هَذَا الْحَدِيثَ لِأَحْمَدَ ، فَلَمْ يُقْنِعْهُ ، وَذَكَرْتُهُ لِإِسْحَاقَ بْنِ رَاهُوِيَهَ ، فَقَالَ : لَيْسَ هَذَا حَدِيثًا . / وَلَمْ يُصَحِّحْهُ . وَحَدِيثٌ عَلَى فِيهِ مَقَالٌ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْعُرْفِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْعَادَةَ جَعَلَ وَجْهَ الْحَائِطِ إِلَى خَارِجِ لِيَرَاهُ النَّاسُ ، كَمَا يَلْبَسُ الرَّجُلُ أَحْسَنَ أَثْوَابِهِ ، أَعْلَاهَا الظَّاهِرُ لِلنَّاسِ ، لِيَرَوْهُ ، فَيَتَزَيَّنُ بِهِ ، فَلَا دَلِيلَ فِيهِ .

فصل : ولا تُرْجَحُ الدَّعْوَى بالتَّزْوِيقِ والتَّحْسِينِ ، وَلَا يَكُونُ أَحَدُهُمَا لَهُ عَلَى الْآخَرِ سُرَّةٌ غَيْرُ مَبْنِيَّةٍ عَلَيْهِ ؛ لِأنَّه مِمَّا يُتَسَامَحُ بِهِ ، وَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ .

فصل : وَإِنْ تَنَازَعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ ، فِي حَوَائِطِ الْبَيْتِ السُّفْلَانِيِّ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لِأنَّه الْمُتَنَفِّعُ بِهَا ، وَهِيَ مِنْ جُمْلَةِ الْبَيْتِ ، فَكَانَتْ لِصَاحِبِهِ . وَإِنْ تَنَازَعَ حَوَائِطُ^(١٦) الْعُلُوِّ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ تَنَازَعَ السَّقْفُ ، تَحَالَفَا ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هُوَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ؛ لِأنَّ السَّقْفَ عَلَى مَلِكِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَ سَرَجًا عَلَى دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ صَاحِبِهَا . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لِصَاحِبِ السُّفْلِ . وَحُكِيَ عَنْهُ ، أَنَّهُ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ؛ لِأنَّه يَجْلِسُ عَلَيْهِ ، وَيَتَصَرَّفُ فِيهِ ، وَلَا يُمْكِنُ السُّكْنَى إِلَّا بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ حَاجِزٌ بَيْنَ مَلِكَيْهِمَا ، يَنْتَفِعَانِ بِهِ ، غَيْرَ مُتَّصِلٍ بِنِجَاءٍ أَحَدُهُمَا اتِّصَالَ الْبُنْيَانِ ، فَكَانَ بَيْنَهُمَا ، كَالْحَائِطِ بَيْنَ الْمَلِكَيْنِ . وَقَوْلُهُمْ : هُوَ عَلَى مَلِكِ صَاحِبِ السُّفْلِ . يَبْطُلُ بِحَيْطَانِ الْعُلُوِّ ، وَلَا يُشَبِّهُ السَّرَجَ عَلَى الدَّابَّةِ ؛ لِأنَّه لَا يَنْتَفِعُ بِهِ غَيْرُ صَاحِبِهَا ، وَلَا يُرَادُ إِلَّا لَهَا ، فَكَانَ فِي يَدِهِ . وَهَذَا السَّقْفُ يَنْتَفِعُ بِهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأنَّه سَمَاءُ صَاحِبِ السُّفْلِ

(١٥) هُوَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ سَعِيدٍ ، وَتَقَدَّمَ تَرْجُمَتُهُ فِي : ١ / ٣٧ .

(١٦) فِي الْأَصْلِ : « فِي حَوَائِطِ » .

يُظِلُّهُ ، وَأَرْضُ صَاحِبِ الْعُلُوِّ تُقْلُهُ ، فَاسْتَوَيَا فِيهِ .

فصل : وإن تَنَازَعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ فِي الدَّرَجَةِ الَّتِي يَصْنَعُدُ مِنْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَحْتَهَا مَرْفَقُ لِصَاحِبِ السُّفْلِ ، كَسَلُمَ مُسَمَّرًا ، أَوْ ذَكَّةً ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ الْيَدَ وَالتَّصَرُّفَ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَصْنَعُدُ صَاحِبِ الْعُلُوِّ لَا غَيْرُ . وَالْعَرِصَةُ الَّتِي عَلَيْهَا الدَّرَجَةُ لَهُ أَيْضًا ؛ لِإِنْتِفَاعِهِ بِهَا وَحْدَهُ . وَإِنْ كَانَ تَحْتَهَا ثِنْتِي^(١٧) بُنِيَتْ لِأَجْلِهِ ، لِتَكُونَ مَذْرَجًا لِلْعُلُوِّ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ يَدَيْهِمَا عَلَيْهَا ، وَلِأَنَّهَا سَقْفٌ لِلسُّفْلَانِيَّيْنِ ، وَمَوْطِئٌ لِلْفَوْقَانِيَّيْنِ ، فَهِيَ كَالسَّقْفِ الَّذِي بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَ تَحْتَهَا طَاقٌ صَغِيرٌ لَمْ تُبَنَّ الدَّرَجَةُ لِأَجْلِهِ ، وَإِنَّمَا جُعِلَ مَرْفَقًا يُجْعَلُ فِيهِ جُبُّ الْمَاءِ وَنَحْوُهُ ، فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ ؛ لِأَنَّهَا بُنِيَتْ لِأَجْلِهِ وَحْدَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ / بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ يَدَهُمَا عَلَيْهَا ، وَإِنْتِفَاعُهُمَا حَاصِلٌ بِهَا ، فَهِيَ كَالسَّقْفِ .

و ١٠٨/٤

فصل : ولو تَنَازَعَا مُسْنَأَةً^(١٨) بَيْنَ نَهْرٍ أَحَدُهُمَا وَأَرْضٍ الْآخَرِ ، تَحَالَفَا ، وَكَانَتْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهَا حَاجِزٌ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، فَهِيَ كَالْحَائِطِ بَيْنَ الْمِلْكَيْنِ .

فصل : إذا كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ مُشْتَرَكٌ ، فَأَنهَدَمَ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا إِعَادَتَهُ ، فَأَبَى الْآخَرُ ، فَهَلْ يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى إِعَادَتِهِ ؟ قَالَ الْقَاضِي : فِيهِ رِوَايَتَانِ : إِحْدَاهُمَا ، يُجْبَرُ . نَقَلَهَا ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَخَرَّبَ ، وَسَنَدِيٌّ . قَالَ الْقَاضِي : هِيَ أَصَحُّ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَعَلَى ذَلِكَ أَصْحَابُنَا . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، فِي إِحْدَى رِوَايَتَيْهِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي قَدِيمِ قَوْلَيْهِ . وَاخْتَارَهُ بَعْضُ أَصْحَابِهِ ، وَصَحَّحَهُ ؛ لِأَنَّ فِي تَرْكِ بِنَائِهِ إِضْرَارًا ، فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ ، كَمَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ إِذَا طَلَبَهَا أَحَدُهُمَا ، وَعَلَى التَّقْضِ إِذَا خِيفَ سُقُوطُهُ عَلَيْهِمَا ، لِقَوْلِ^(١٩) النَّبِيِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »^(٢٠) . وَهَذَا وَشَرِيكُهُ يَتَضَرَّرَانِ فِي

(١٧) سقط من : م .

(١٨) المسناة : سد يبنى لحجز ماء السيل أو النهر ، به مفاتيح للماء تفتح على قدر الحاجة .

(١٩) في ب : « ولقول » .

(٢٠) في الأصل ، ١ : « لإضرار » . وتقدم تخرج الحديث في : ٤ / ١٤٠ .

تَرْكُ بِنَائِهِ . والرواية الثانية ، لا يُجْبَرُ . نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، وَهُوَ أَقْوَى دَلِيلًا ، وَمَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لَا حُرْمَةَ لَهُ فِي نَفْسِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ مَالِكُهُ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ ، وَلَئِنَّهُ بِنَاءٌ حَائِطٌ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَالْإِنْتِدَاءِ ، وَلَئِنَّهُ لَا يَخْلُو ، إِمَّا أَنْ يُجْبَرَ عَلَى بِنَائِهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ ، أَوْ لِحَقِّ جَارِهِ ، أَوْ لِحَقِّهِمَا جَمِيعًا ، لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْبَرَ عَلَيْهِ لِحَقِّ نَفْسِهِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ ، وَلَا لِحَقِّ غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ بِهِ جَارُهُ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُوجِبًا عَلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا . وَفَارَقَ الْقِسْمَةَ ، فَإِنَّهَا دَفْعٌ لِلضَّرَرِّ عَنْهُمَا بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، وَالْبِنَاءُ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الْعَرَامَةِ وَإِنْفَاقِ مَالِهِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ إِجْبَارِهِ عَلَى إِزَالَةِ الضَّرَرِّ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ ، إِجْبَارُهُ عَلَى إِزَالَتِهِ بِمَا فِيهِ ضَرَرٌ ، بِدَلِيلِ قِسْمَةِ مَا فِي قِسْمَتِهِ ضَرَرٌ . وَيُفَارِقُ هَذِمَ الْحَائِطِ إِذَا خِيفَ سُقُوطُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَخَافُ سُقُوطَ حَائِطِهِ عَلَى مَا يَتَلَفُهُ ، فَيُجْبَرُ عَلَى مَا يُزِيلُ ذَلِكَ ، وَلِهَذَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ انْفَرَدَ بِالْحَائِطِ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا . وَلَا نُسَلِّمُ أَنَّ فِي تَرْكِهُ إِضْرَارًا ، فَإِنَّ الضَّرَرَ إِنَّمَا حَصَلَ بِإِهْدَامِهِ ، وَإِنَّمَا تَرْكُ الْبِنَاءِ تَرْكٌ لِمَا يَحْصُلُ النَّفْعُ بِهِ ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُ الْإِنْسَانَ مِنْهُ ، بِدَلِيلِ حَالَةِ الْإِنْتِدَاءِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ إِضْرَارٌ ، لَكِنْ فِي الْإِجْبَارِ / إِضْرَارٌ ، وَلَا يُزَالُ الضَّرَرُّ بِالضَّرَرِّ ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُتَمَتِّعُ لَا نَفْعَ لَهُ فِي الْحَائِطِ ، أَوْ يَكُونُ الضَّرَرُّ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنَ النَّفْعِ ، أَوْ يَكُونُ مُعْسِرًا لَيْسَ مَعَهُ مَا يَبْنِي بِهِ ، فَيَكْلُفُ الْعَرَامَةَ مَعَ عَجْزِهِ عَنْهَا ، فَعَلَى هَذِهِ الرُّوَايَةِ إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا لَمْ يُجْبَرْ ، فَإِنْ أَرَادَ شَرِيكُهُ الْبِنَاءَ فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْحَمْلِ وَرَسْمًا ، فَلَا يَجُوزُ مَنَعُهُ مِنْهُ ، وَلَهُ بِنَاؤُهُ بِأَنْقَاضِهِ إِنْ شَاءَ ، وَبِنَاؤُهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ وَأَنْقَاضِهِ ، فَالْحَائِطُ بَيْنَهُمَا عَلَى الشَّرِكَةِ ، كَمَا كَانَ ؛ لِأَنَّ الْمُتَنَفِّقَ ^(٢١) إِنَّمَا انْفَقَ عَلَى التَّالِيفِ ، وَذَلِكَ أَثَرٌ لَا عَيْنٌ يَمْلِكُهَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَالْحَائِطُ مِلْكُهُ خَاصَّةً ، وَلَهُ مَنَعُ شَرِيكِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، وَوَضَعَ خَشْيَتَهُ وَرُسُومَهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ لَهُ . وَإِذَا أَرَادَ نَقْضَهُ ، فَإِنْ كَانَ بَنَاهُ بِآلَتِهِ لَمْ يَمْلِكْ نَقْضَهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُمَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ التَّصَرُّفُ [بِمَا] فِيهِ

(٢١) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : عَلَيْهِ .

مَضْرُوءَةٌ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَلَهُ نَقْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ خَاصَّةٌ . فَإِنْ قَالَ شَرِيكُهُ : أَنَا أَدْفَعُ إِلَيْكَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَلَا تُنْقِضُهُ . لَمْ يُجْبَرْ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْبِنَاءِ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْإِبْقَاءِ . وَإِنْ أَرَادَ غَيْرُ الْبَانِي نَقْضَهُ ، أَوْ إِجْبَارَ بَانِيهِ عَلَى نَقْضِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ، عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكْ مَنَعَهُ مِنْ بِنَائِهِ ، فَلَا أَنْ لَا يَمْلِكَ إِجْبَارَهُ عَلَى نَقْضِهِ أَوَّلَى ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عَلَى الْحَائِطِ رَسْمٌ انْتِفَاعٍ ، وَوَضَعَ خَشَبٍ ، قَالَ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَأْخُذَ مِنِّي نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، وَتُمْكِنَنِي مِنَ انْتِفَاعِي وَوَضْعِ خَشَبِي ، وَإِمَّا أَنْ تَقْلَعَ حَائِطَكَ ، لِتُعِيدَ الْبِنَاءَ بَيْنَنَا . فَيَلْزَمُ الْآخَرَ إِجَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِبْطَالَ رُسُومِهِ وَانْتِفَاعِهِ بِنَائِهِ . وَإِنْ لَمْ يُرِدِ الْانْتِفَاعَ بِهِ ، فَطَالَبَهُ الْبَانِي بِالْعَرَامَةِ أَوْ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يُجْبَرْ عَلَى الْبِنَاءِ ، فَأَوَّلَى أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى الْعَرَامَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ أُذِنَ فِي الْبِنَاءِ وَالْإِنْفَاقِ ، فَيَلْزَمُهُ مَا أُذِنَ فِيهِ . فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، فَمَتَى امْتَنَعَ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أَخَذَ الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ بِإِذْنِ الْحَاكِمِ ، أَوْ إِذْنِ الشَّرِيكِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ مَتَى قَدَرَ . وَإِنْ أَرَادَ بِنَاءَهُ ، لَمْ يَمْلِكِ الشَّرِيكُ مَنَعَهُ . وَمَا أَتَّفَقَ ؛ إِنْ تَبَرَّعَ بِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ بِهِ ، وَإِنْ تَوَى الرُّجُوعَ بِهِ ، فَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ بِذَلِكَ ؟ / يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا قَضَى دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . وَإِنْ بَنَاهُ لِنَفْسِهِ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ . فَإِنْ أَرَادَ نَقْضَهُ ^(٢٢) ، فَلَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ شَرِيكُهُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ نَقْضُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُجْبِرَ عَلَى بِنَائِهِ ، فَأَوَّلَى أَنْ يُجْبَرَ عَلَى إِبْقَائِهِ .

١٠٩/٤

فصل : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا حَائِطٌ قَدِيمٌ ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ مَبَانِيئَهُ حَائِطًا يَحْجِزُ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، فَا مَتَنَعَ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ . رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَإِنْ أَرَادَ الْبِنَاءَ وَخَذَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْبِنَاءُ إِلَّا فِي مِلْكِهِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِي مِلْكٍ جَارِهِ الْمُخْتَصَّ بِهِ ، وَلَا فِي الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ بِغَيْرِ مَالِهِ فِيهِ رَسْمٌ ، وَهَذَا لَا رَسْمَ لَهُ . وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا .

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « قَلْعُهُ » .

فصل : فإن كان السفّل لِرَجُلٍ ، والعُلُو لآخَرٍ ، فَانْهَدَمَ السَّقْفُ الذی بینهما ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْمُبَانَاةَ مِنَ الْآخَرِ ، فَاُمْتَنَعَ ، فَهَلْ يُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ عَلَى ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، كَالْحَائِطِ بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالرَّوَايَتَيْنِ . وَإِنْ انْهَدَمَتْ حِيطَانُ السُّفْلِ ، فَطَالَبَهُ صَاحِبُ الْعُلُو بِإِعَادَتِهَا ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ : إِحْدَاهُمَا ، يُجْبَرُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، يُجْبَرُ عَلَى الْبِنَاءِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ خَاصَّةٌ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يُجْبَرُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الْعُلُو بِنَاءَهُ لَمْ يُمْنَعْ مِنْ ذَلِكَ . عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ جَمِيعًا . فَإِنْ بَنَاهُ بِآلَتِهِ ، فَهُوَ عَلَى (٢٣) مَا كَانَ ، وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ ، فَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ : لَا يَنْتَفِعُ بِهِ صَاحِبُ السُّفْلِ . يَعْنِي حَتَّى يُودَّى الْقِيَمَةَ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ (٢٤) لَا يَسْكُنُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ إِنَّمَا يُبْنَى لِلسُّكْنَى ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ كَغَيْرِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الْإِنْتِفَاعَ بِالْحِيطَانِ خَاصَّةً ، مِنْ طَرَجِ الْحَشَبِ ، وَسَمْرِ الْوَيْدِ ، وَفَتْحِ الطَّاقِ ، وَيَكُونُ لَهُ السُّكْنَى مِنْ غَيْرِ تَصَرُّفٍ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى إِنَّمَا هِيَ إِقَامَتُهُ فِي فِنَاءِ الْحِيطَانِ ، مِنْ غَيْرِ تَصَرُّفٍ فِيهَا ، فَأَشْبَهَ الْاسْتِظْلَالَ بِهَا مِنْ خَارِجٍ . فَأَمَّا إِنْ طَالَبَ صَاحِبُ السُّفْلِ بِالْبِنَاءِ ، وَأَبَى صَاحِبُ الْعُلُو ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ : إِحْدَاهُمَا ، لَا يُجْبَرُ عَلَى بِنَائِهِ ، وَلَا مُسَاعَدَتِهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ مِلْكُ صَاحِبِ السُّفْلِ مُخْتَصٌّ بِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ غَيْرُهُ عَلَى بِنَائِهِ ، وَلَا مُسَاعَدَتِهِ فِيهِ ، / كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ عُلوٌ . وَالثَّانِيَةِ ، يُجْبَرُ عَلَى مُسَاعَدَتِهِ وَالْبِنَاءِ مَعَهُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي الدَّرْدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ حَائِطٌ يَشْتَرِكَانِ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ، أَشْبَهَ الْحَائِطَ بَيْنَ الدَّارَيْنِ .

فصل : فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما ، فانهدم ، فطلب أحدهما من الآخر بناءه ، أو المساعدة (٢٥) في بنائه ، فامتنع ، لم يجبر ؛ لأنه إن كان الممتنع ماله لم يجبر على بناء ماله المخصص به ، كحائط الآخر ، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء

(٢٣) في م زيادة : « كل » .

(٢٤) في ١ ، م : « أن » .

(٢٥) في الأصل : « والمساعدة » .

مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَلَا مُسَاعَدَةٍ فِيهِ . وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا حَائِطُ السُّفْلِ ، حَيْثُ يُجْبَرُ صَاحِبُهُ عَلَى بِنَائِهِ ، مَعَ اخْتِصَاصِهِ بِمِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَاحِبَ الْعُلُوِّ مَلَكُهُ مُسْتَحِقٌّ لِإِبْقَائِهِ عَلَى حِيطَانِ السُّفْلِ دَائِمًا ، فَلَزِمَ صَاحِبَ السُّفْلِ تَمَكِينُهُ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ ، وَطَرِيقُهُ الْبِنَاءُ ، فَلِذَلِكَ وَجِبَ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ الْحَائِطِ بِنَاءَهُ ، أَوْ نَقْضَهُ بَعْدَ بِنَائِهِ ، لَمْ يَكُنْ لِجَارِهِ مَنَعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكُهُ خَاصَّةً . وَإِنْ أَرَادَ جَارُهُ بِنَاءَهُ ، أَوْ نَقْضَهُ ، أَوْ التَّصَرُّفَ فِيهِ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ .

فصل : وَمَتَى هَدَمَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْحَائِطَ الْمُشْتَرَكَ ، أَوْ السَّقْفَ الَّذِي بَيْنَهُمَا ، نَظَرْتُ ، فَإِنْ خِيفَ سُقُوطُهُ ، وَوَجِبَ هَدْمُهُ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى هَادِمِهِ ، وَيَكُونُ كَالْوَاهِدِ هَدَمَ بِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْوَاجِبَ ، وَأَزَالَ الضَّرَرَ الْحَاصِلَ بِسُقُوطِهِ ، وَإِنْ هَدَمَهُ لغير ذلك ، فَعَلِيهِ إِعَادَتُهُ سِوَاءَ هَدَمِهِ لِحَاجَةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، وَسِوَاءِ التَّزَمِ إِعَادَتَهُ أَوْ لَمْ يَلْتَزَمْ ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ ، فَلَزِمَهُ إِعَادَتُهُ ^(٢٦) .

فصل : فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى بِنَاءِ الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَمِلْكُهُ بَيْنَهُمَا الثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يُصَالِحُ عَلَى بَعْضِ مِلْكِهِ بَعْضٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْوَاهِدِ أَقْرَلَهُ بِدَارٍ فَصَالَحَهُ عَلَى سُكْنَاهَا . وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يُحْمَلَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا شَاءَ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِجَهَالَةِ الْحِمْلِ فَإِنَّهُ يُحْمَلُهُ مِنَ الْأَثْقَالِ مَا لَا طَاقَةَ لَهُ بِحِمْلِهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، جَازَ .

فصل : فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ، أَوْ دُولَابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ عَيْنٌ ، فَاحْتَاجَ إِلَى عِمَارَةٍ ، فَفِي إِجْبَارِ الْمُتَمَتِّعِ مِنْهُمَا رَوَايَتَانِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ هَهُنَا عَلَى الْإِنْفَاقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمَّ شَرِيكُهُ مِنْ مُقَاسَمَتِهِ ، فَيُضَرُّ بِهِ ، بِخِلَافِ الْحَائِطِ ؛ فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُمَا / قِسْمَةَ الْعَرِصَةِ . وَالْأُولَى التَّسْوِيَةُ ؛ لِأَنَّ فِي قِسْمَةِ الْعَرِصَةِ إِضْرَارًا بِهِمَا ^(٢٧) ،

١١٠/٤ و

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « إِزَالَتُهُ » أَيْ إِزَالَةُ الضَّرَرِ .

(٢٧) فِي ١ : « لِهَمَا » .

والإتفاق أرفق بهما ، فكانا سواء . والحكم في الدولاب والتاغورة ، كالحكم في الحائط ، على ما ذكرناه . وأما البئر والنهر ، فلكل واحد منهما الإتفاق عليه ، وإذا اتفق عليه ، لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء ؛ لأن الماء ينبع من ملكيهما ، وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه ، وليس له عين مال ، فأشبه الحائط إذا بناه بآلته ، والحكم في الرجوع بالنفقة ، كحكم الرجوع في النفقة على الحائط ، على ما مضى .

فصل : إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ ، أحدهما قريب من باب الزقاق ، والآخر في داخله ، فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلي باب الزقاق ؛ لأن له الاستطراق إلى بابه القديم ، فقد نقص من استطراره ، ومتى أراد رد بابه إلى موضعه الأول ، كان له ؛ لأن حقه لم يسقط ، وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق ، لم يكن له ذلك . نص عليه أحمد ؛ لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه . ويحتمل جواز ذلك ؛ لأنه كان له أن يجعل بابه في أول البناء ، في أي موضع شاء ، فتركه في موضع لا يسقط حقه ، كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقطه^(٢٨) ، ولأن له أن يرفع حائطه كله ، فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده . فأما صاحب الباب الثاني ، فإن كان في داخل الدرب باب^(٢٩) لآخر ، فحكمه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء ، وإن لم يكن له ثم^(٣٠) باب آخر ، كان له تحويل بابه حيث شاء ؛ لأنه على الأول ، لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول ، وعلى الاحتمال الذي ذكرناه ، لكل واحد منهما ذلك . ولو أراد كل واحد منهما^(٣٠) أن يفتح في داره بابا آخر ، أو يجعل داره دارين ، يفتح لكل واحدة منهما بابا ، جاز ، إذا وضع البابين في موضع استطراره . وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ ، أو زقاق نافذ ، ففتح في حائطه بابا إليه ، جاز ؛ لأنه

(٢٨) في الأصل ، م ، : يسقط .

(٢٩-٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) سقط من : الأصل ، م .

يَرْتَفِقُ بِمَا لَمْ يَتَّعِنَ مِلْكُ أَحَدٍ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : فِي هَذَا إِضْرَارٌ بِأَهْلِ الدَّرَبِ ؛ لِأَنَّهُ بِجَعْلِهِ نَافِذًا يَسْتَطْرِقُ إِلَيْهِ مِنَ الشَّارِعِ . قُلْنَا : لَا يَصِيرُ الدَّرَبُ نَافِذًا ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ دَارُهُ نَافِذَةً ، وَلَيْسَ لِأَحَدٍ اسْتِطْرَاقُ دَارِهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ بَابُهُ فِي الشَّارِعِ ، وَظَهَرَ دَارُهُ إِلَى الزُّقَاقِ الَّذِي لَا يَنْفُذُ ، فَأَرَادَ أَنْ يَفْتَحَ بَابًا إِلَى الزُّقَاقِ لِلْاسْتِطْرَاقِ ، لَمْ / يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ حَقٌّ فِي الدَّرَبِ الَّذِي قَدْ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ مِلْكُ أَرْبَابِهِ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْوَجْهِ الَّذِي قَدْ تَقَدَّمَ . وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْرِ الْاسْتِطْرَاقِ ، أَوْ يَجْعَلَ لَهُ بَابًا يَسْمُرُهُ ، أَوْ شَبَاكًا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ رَفْعُ الْحَائِطِ بِجُمْلَتِهِ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَيَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ شَكْلَ الْبَابِ مَعَ تَقَادُّمِ الْعَهْدِ رُبَّمَا اسْتَدِلَّ بِهِ عَلَى حَقِّ الْاسْتِطْرَاقِ ، فَيُضَرُّ بِأَهْلِ الدَّرَبِ ، بِخِلَافِ رَفْعِ الْحَائِطِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى شَيْءٍ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لِرَجُلٍ دَارَانِ مُتَلَاصِقَتَانِ ظَهَرُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى ظَهَرِ الْأُخْرَى ، وَبَابُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا فِي زُقَاقٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَرَفَعَ الْحَاجِزَ بَيْنَهُمَا ، وَجَعَلَهُمَا دَارًا وَاحِدَةً ، جَازَ . وَإِنْ فَتَحَ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَابًا إِلَى الْأُخْرَى ، لِيَتِمَكَّنَ مِنَ التَّطَرُّقِ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى كِلَا الدَّارَيْنِ ، لَمْ يَجُزْ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُثَبِّتُ الْاسْتِطْرَاقَ فِي الدَّرَبِ الَّذِي لَا يَنْفُذُ مِنْ دَارٍ لَمْ يَكُنْ لَهَا فِيهِ طَرِيقٌ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ رُبَّمَا أَدَّى إِلَى إِبْتِاطِ الشُّفْعَةِ فِي قَوْلٍ مِنْ يُثَبِّتُهَا بِالطَّرِيقِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الدَّارَيْنِ فِي زُقَاقِ الْأُخْرَى . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لَهُ رَفْعَ الْحَاجِزِ جَمِيعَهُ ، فَبَعْضُهُ أَوْلَى ، وَهَذَا أَشْبَهُ ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ لِلْمَنْعِ مُنْتَقِضٌ بِمَا إِذَا رَفَعَ الْحَائِطَ جَمِيعَهُ . وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ . إِذَا صَالَحَهُ أَهْلُ الدَّرَبِ بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ أَذِنُوا لَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، جَازَ .

فصل : إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ الْبَابَيْنِ فِي الدَّرَبِ ، وَتَدَاعَايَاهُ ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ بَابٌ لِغَيْرِهِمَا ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ : أَحَدُهَا ، أَنَّهُ يُحْكَمُ بِالدَّرَبِ مِنْ أَوَّلِهِ إِلَى الْبَابِ الَّذِي يَلِي أَوَّلَهُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ لَهُمَا الْاسْتِطْرَاقَ فِيهِ جَمِيعًا ، وَمَا بَعْدَهُ إِلَى صَدْرِ الدَّرَبِ لِلْآخِرِ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِطْرَاقَ فِي

ذلك له وحده ، فله اليد والتصرف . والوجه الثاني ^(٣١) ، أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما ؛ لأن ما يقابل ذلك لهما التصرف فيه ، بناءً على أن للأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه ، وما بعد ذلك للثاني ؛ لأنه ليس بفناء للأول ، ولا له فيه استطرأ . والثالث ، يكون بينهما ؛ لأن لهما جميعاً يداً وتصرفاً . وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ، وآخر سفله ، ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الخان ، فاختلفا في الصحن ، فما كان من الدرجة إلى باب الخان / بينهما ، وما وراء ذلك إلى صدر الخان على الوجهين ، أحدهما هو لصاحب السفلى . والثاني هو بينهما . فإن كانت الدرجة في صدر الصحن ، فالصحن بينهما ؛ لوجود اليد والتصرف منهما جميعاً . فعلى الوجه الذى يقول : إن صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني . له أن يستبدل ^(٣٢) بما يختص به منه ، بأن يجعله دهليزاً لنفسه ، أو يدخله في داره على وجه لا يضرب بجاره ، ولا يضع على حائطه شيئاً ؛ لأن ذلك ملك له يتفرده به .

فصل : وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضرب بجاره ، نحو أن يبنى فيه حماماً بين الدور ، أو يفتح خبازاً بين العطارين ، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها ، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجذب ماءها . وهذا قال بعض أصحاب أبى حنيفة . وعن أحمد رواية أخرى : لا يمنع . وبه قال الشافعي ، وبعض أصحاب أبى حنيفة ؛ لأنه تصرف في ملكه المختص به ، ولم يتعلق به حق غيره ، فلم يمنع منه ، كالمو طبخ في داره أو خبز فيها ، وسلموا أنه يمنع من ^(٣٣) الدق الذى يهدم الحيطان وينثرها . ولنا : قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ^(٣٤) . ولأن هذا إضرار بجيرانه ، فمنع منه ، كاللص الذى يهز الحيطان وينثرها ، وكسقي الأرض الذى يتعدى إلى هدم

(٣١) في ١ : الآخر .

(٣٢) في ب : يستند .

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) في الأصل ، ا ، ب : إضرار . وتقدم تخرج الحديث ، في : ٤ / ١٤٠ .

حَيْطَانٍ جَارِهِ ، أَوْ إِشْعَالِ نَارٍ تَتَعَدَّى إِلَى إِحْرَاقِهَا . قَالُوا : هَهُنَا تَعَدَّتِ النَّارُ الَّتِي أَضْرَمَهَا ، وَالْمَاءُ الَّذِي أُرْسَلَهُ ، فَكَانَ مُرْسِلًا لَذَلِكَ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أُرْسِلَهُ إِلَيْهَا قَصْدًا . قُلْنَا : وَالذُّخَانُ هُوَ أَجْزَاءُ الْحَرِيقِ الَّذِي أُحْرِقَهُ ، فَكَانَ مُرْسِلًا لَهُ فِي مِلْكٍ جَارِهِ ، فَهُوَ كَأَجْزَاءِ النَّارِ وَالْمَاءِ . وَأَمَّا دُخَانُ الْخُبْزِ وَالطَّبِيخِ ، فَإِنَّ ضَرَرَهُ يَسِيرٌ ، وَلَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، وَتَدْخُلُهُ الْمُسَامَحَةُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ سَطْحُ أَحَدِهِمَا أَعْلَى مِنْ سَطْحِ الْآخَرِ ، فَلَيْسَ لِصَاحِبِ الْأَعْلَى الصُّعُودُ عَلَى سَطْحِهِ عَلَى وَجْهِ يُشْرِفُ عَلَى سَطْحِ جَارِهِ ، إِلَّا أَنْ يَبْنِيَ سِتْرَةً تَسْتُرُهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَلْزَمُهُ عَمَلُ سِتْرَةٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَاجِزٌ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا ، فَلَا^(٣٥) يُجْبَرُ أَحَدُهُمَا عَلَيْهِ ، كَالْأَسْفَلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِضْرَارٌ بِجَارِهِ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَذَقِّ يَهْزُ الْحَيْطَانُ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَكْشِفُ جَارَهُ ، وَيَطْلُعُ عَلَى حُرْمِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَطْلَعَ عَلَيْهِ مِنْ صَبِيرٍ بَابِهِ / أَوْ خَصَاصِيهِ^(٣٦) ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى الْمَنْعِ مِنْ ذَلِكَ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَطْلَعَ إِلَيْكَ ، فَحَذَفْتَهُ بِخَصَاةٍ ، فَفَقَأَتْ عَيْنَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ »^(٣٧) . وَيُفَارِقُ الْأَسْفَلَ ؛ فَإِنْ تَصَرَّفَهُ لَا يَضُرُّ بِالْأَعْلَى ، وَلَا يَكْشِفُ دَارَهُ .

فصل : إِذَا كَانَتْ بَيْنَهُمَا عَرِصَةٌ حَائِطٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى قَسْمِهَا طُولًا ، جَازَ ذَلِكَ ، سِوَاءِ اتَّفَقَا عَلَى قَسْمِهَا طُولًا أَوْ عَرْضًا ؛ لِأَنَّهَا مِلْكُهُمَا ، وَلَا تَخْرُجُ عَنْهُمَا . وَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا قَسْمَهَا طُولًا^(٣٨) وَهُوَ أَنْ يُجْعَلَ لَهُ نِصْفُ الطُّوْلِ فِي جَمِيعِ الْعَرْضِ ، وَلِلْآخَرِ مِثْلُهُ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَى الْقِسْمَةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « فَلَمْ » .

(٣٦) صَبِيرُ الْبَابِ : شَقُّهُ عِنْدَ مُلتَقَى الرِّتَاجِ وَالْعِضَادَةِ . وَالْخِصَاصُ : جَمْعُ الْخِصَاصَةِ ، وَهِيَ الْفَرْجَةُ أَوْ الْخُلْلُ أَوْ الْخَزَقُ ، فِي بَابٍ أَوْ غَيْرِهِ .

(٣٧) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابٍ مِنْ أَخْذِ حَقِّهِ أَوْ اقْتِصَافِ دُونَ السُّلْطَانِ ، وَبَابٍ مِنْ أَطْلَعُ فِي بَيْتِ قَوْمٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩ / ٨ ، ٩ ، ١٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ النَّظَرِ فِي بَيْتِ غَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدَابِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣ / ١٦٩٩ .

(٣٨) سَقَطَ مِنْ : م .

لأن ذلك لا يضُرُّ . فإذا اقتسما اقتَرَعا ، فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة ، فإن كان مَبْنِيًّا فلا كلام ، وإن كان غير مَبْنِيٍّ ، كان لكل واحد منهما أن يَبْنِيَّ في نصيبه ، وإن أحب أن يَدْخُلَ بعض عَرَصَتِهِ في دَارِهِ فَعَلَّ ، وإن أحب أن يَزِيدَ في حَائِطِهِ من عَرَصَتِهِ فَعَلَّ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ على الْقِسْمَةِ ؛ لأنها تُوجِبُ اخْتِصَاصَ كُلِّ واحدٍ منهما ببعض الحائطِ الْمُقَابِلِ لِمَلِكِ شَرِيكِه ، وَزَوَالَ مِلْكِ شَرِيكِه ، فَيَتَضَرَّرُ ؛ لأنه لا يَقْدِرُ على حَائِطٍ يَسْتُرُ مَلِكَهُ ، وربما اخْتَارَ أَحَدُهُمَا أن لا يَبْنِيَّ حَائِطَهُ ، فَيَبْقَى مِلْكُ^(٣٩) كُلِّ واحدٍ منهما مَكْشُوفًا ، أو يَبْنِيهِ وَيَمْنَعُ جَارَهُ من وَضْعِ خَشْبِهِ عليه ، وهذا ضَرَرٌ لا يَرُدُّ الشَّرْعُ بِالْإِجْبَارِ عليه . فإن قيل : فإذا كان مُشْتَرَكًا تَمَكَّنَ أيضًا من مَنعِ شَرِيكِه وَضْعَ خَشْبِهِ عليه . قلنا : إذا كان له عليه رَسْمٌ وَضْعَ خَشْبِهِ ، أو انْتِفَاعٌ به ، لم يَمْلِكْ مَنَعُهُ من رَسْمِهِ ، وهُنَا يَمْلِكُ مَنَعُهُ بِالْكُلِّيَّةِ . وأما إن طَلَبَ قَسْمَهَا عَرْضًا ، وهو أن يُجْعَلَ لكل واحدٍ منهما نِصْفُ الْعَرْضِ في كَمَالِ الطُّوْلِ ، نَظَرْنَا ، فإن كانت الْعَرَصَةُ لَا تُتَسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، لم يُجْبَرَ الْمُتَمَتِّعُ من قَسْمِهَا^(٤٠) . واختار ابنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ يُجْبَرُ . وهو ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنها عَرَصَةٌ ، فَأُجْبِرَ على قَسْمِهَا ، كَعَرَصَةِ الدَّارِ . ولنا ، أن في قَسْمِهَا ضَرَرًا ، فلم يُجْبَرَ الْمُتَمَتِّعُ من قَسْمِهَا عليه ، كالدَّارِ الصَّغِيرَةِ ، وما ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِذَلِكَ . وإن كانت تُتَسِعُ لِحَائِطَيْنِ ، بحيثُ يَحْصُلُ لكل واحدٍ منهما ما يَبْنِيُّ فِيهِ حَائِطًا ، ففي إِجْبَارِ الْمُتَمَتِّعِ وَجْهَانِ : أَحَدُهُمَا : يُجْبَرُ . قاله أَبُو الْحَطَّابِ ؛ لأنه لا ضَرَرَ في الْقِسْمِ^(٤١) ؛ لَكَوْنِ كُلِّ واحدٍ منهما يَحْصُلُ / له ما يَنْدَفِعُ به حَاجَتُهُ ، فَأَشْبَهَ عَرَصَةَ الدَّارِ الَّتِي يَحْصُلُ لكل واحدٍ منهما ما يَبْنِيُّ فِيهِ دَارًا . والثاني ، لا يُجْبَرُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لأنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ لَا تَقَعُ فِيهَا قُرْعَةٌ ؛ لَأَنَّا لو أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، لم نَأْمَنَ أن تَخْرُجَ قُرْعَةٌ كُلُّ واحدٍ منهما على ما يَلِي مِلْكَ جَارِهِ ، فلا يَنْتَفِعُ به ، فلو أُجْبِرْنَا هُنا عَلَى الْقِسْمَةِ

(٣٩) سقط من : ب .

(٤٠) في م زيادة : « واختلفوا » .

(٤١) في م : « القسمة » .

لَا يُجْبَرُ نَاهُ عَلَى أَخْذِ مَا يَلِي دَارَهُ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ ، وَهَذَا لَا يُظَيَّرُ لَهُ . وَلَأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ
وَجَهَانٍ ، كَهَذَيْنِ . وَهَتَى اقْتَسَمَا الْعَرْصَةَ طُولًا ، فَبَنَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَفْسِهِ حَائِطًا ،
وَبَقِيََتْ بَيْنَهُمَا فُرْجَةٌ ، لَمْ يُجْبَرِ أَحَدُهُمَا عَلَى سَدِّهَا ، وَلَمْ يُمْنَعْ مِنْ سَدِّهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي
مَجْرَى بِنَاءِ الْحَائِطِ فِي عَرْصَتِهِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهِ طُولًا ، جَارٍ ، وَيُعْلَمُ بَيْنَ نَصِيْبِهِمَا
بِعَلَامَةٍ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهِ عَرْضًا ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَجُوزُ ^(٤٢) ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهما ، لَا
يَخْرُجُ عَنْهُمَا ، فَأَشْبَهَ الْعَرْصَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجُوزَ الْقِسْمَةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ إِلَّا بِتَمْيِيزِ
نَصِيْبِ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ ، بِحَيْثُ يُمَكِّنُهُ الْاِتِّفَاعُ بِنَصِيْبِهِ دُونَ نَصِيْبِ صَاحِبِهِ ، وَهَهُنَا
لَا يَتَمَيَّزُ ، وَلَا يُمَكِّنُ اِتِّفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِهِ مُنْفَرِدًا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ وُضِعَ خَشْبَةٌ عَلَى أَحَدِ
جَانِبَيْ الْحَائِطِ ، كَانَ ثِقْلُهُ عَلَى الْحَائِطِ كُلِّهِ ، وَإِنْ فَتَحَ فِيهِ طَاقًا يُضَعِّفُهُ ، ضَعُفَ كُلُّهُ ،
وَإِنْ وَقَعَ بَعْضُهُ ، تَضَرَّرَ النَّصِيْبُ الْآخَرُ . وَإِنْ طَلَّبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهُ وَأَبَى الْآخَرُ ، فَذَكَرَ
الْقَاضِي ، أَنَّ الْحُكْمَ فِي الْحَائِطِ كَالْحُكْمِ فِي عَرْصَتِهِ ، سَوَاءً ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمِ
الْحَائِطِ ، إِلَّا أَنْ يَطْلُبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهُ طُولًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمِهِ أَيْضًا ، وَهُوَ
أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا إِنْ قَطَعَاهُ بَيْنَهُمَا ، فَقَدْ أَتَلَفَا جُزْءًا مِنْ
الْحَائِطِ ، وَلَا يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ مِنْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا ثَوْبٌ ، فَطَلَّبَ أَحَدُهُمَا قِطْعَهُ .
وَإِنْ لَمْ يَقْطَعْ وَعَلَّمَا عِلَامَةً عَلَى نَصِيفِهِ ، كَانَ اِتِّفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِهِ اِتِّفَاعًا بِنَصِيْبِ
الْآخَرِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى قِسْمِ الدَّارِ وَقِسْمِ حَائِطِهَا الْمُحِيطِ بِهَا ، وَكَذَلِكَ
قِسْمِ الْبُسْتَانِ وَحَائِطِهِ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَطْعِ الْمُضِرِّ ، بَلْ يُعْلَمُ بِخَطِّ بَيْنَ نَصِيْبَيْهِمَا ، وَلَا
يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ اِتِّفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيْبِ الْآخَرِ وَإِنْ اتَّصَلَ بِهِ ، بِدَلِيلِ الْحَائِطِ الْمُتَّصِلِ فِي
دَارَيْنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤٢) فِي مَزَادَةٍ : « الْقِسْمَةُ » .